Die Höchstbetragshypothek als Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Rohstock

vorgelegt von

Hans Lühn

Gerichtsassessor

aus

Münster i. W.

Buchdruckerei Karl Darpe, Warendorf i. Westf.

Die Höchstbetragshypothek als Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Lühn
Gerichtsassessor
aus
Münster i. W.

Buchdruckerei Karl Darpe, Warendorf, Markt 5

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

Referent:

Professor Dr. Walsmann.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis	Seite 5
Einleitung	8
A. Die Theorie der Höchstbetragshypothek	9
I. Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung	9
II. Die Elemente der Höchstbetragshypothek	12
1. Die Rechtsnatur der Gläubigerhypothek	12
2. Die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld	17
a) Die Eigentümergrundschuld ist ein der Gläubigerhypothek wesensgleiches Recht an eigener Sache	17
b) Abweichende Ansichten, Wertteilstheorie Grundsatz der festen Stelle	28
III. Die Rechtsnatur der Höchstbetragshypothek	33
1. Die bisher vertretenen Ansichten	33
a) Die Höchstbetragshypothek ist bis zur Feststellung der Forderung Eigentümergrundschuld	34
b) Die Höchstbetragshypothek ist bis zur Feststellung der Forderung Gläubigerhypothek	39
2. Eigene Ansicht	46
a) Darlegung der eigenen Ansicht	46
b) Ähnliche Ansichten und Formulierungen	52
B. Ergebnisse.	55

Literatur-Verzeichnis.

Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. In Iher. Jahrb. Bd. 50, S. 390 ff.

Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des BGB. 1910.

Becker, E. J., Von den Rechten an eigener Sache. In Z. f. vgl. Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 11 ff.

Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte. Hallenser Diss. 1912.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1914.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

Bruck, Die Eigentümerhypothek, 1903.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1922, Bd. 2, 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3, Tübingen 1907,

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1860, Bd. 2, 1864.

Du Chesne, Wertrecht und Pfandrecht. In Iher. Jahrb. Bd. 1926, S. 207 ff.

Fuchs, Eugen, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917.

Fuchs, Eugen, Grundbuchrecht, 1902.

Fuchs, Eugen, Die Konstruktion der Hypothek. In Leipz. Zeitung, 1920, S. 148 ff.

Eichler, Hypothek für künftige und aufschiebend bedingte Forderungen. Leipziger Dissert. 1913.

Eisele, Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingungen. In Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 50, S. 253 ff.

Enneccerus, Das Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Bd. 1, 1888, Bd. 2, 1889.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1. Abt. Allgemeiner Teil, 26—29. Aufl. und Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, 2. Abt. 23—27. Aufl. Marburg 1926.

Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurs. Leipziger Diss. 1911,

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Berlin 1903.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 Sachenrecht, 1905.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1 und 2, 1923.
Güthe, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, 1914.
Hachenburg, Vorträge zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1902.
Heinsheimer, Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung. In Bd. 3 der Festschrift für Wach, S. 125 ff.
Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken. In Zeitsch. f. freiw. Ger. Bd. 4, S. 895 ff.
Heymann, Buchbesprechung von Fuchs, Grundbegriffe, in JW 1917, S. 512.
Hirsch, H. C., Uebertragung der Rechtsausübung. Bd. 1 1910.
Hirsch, H. C., Die vorläufige Eigentümerhypothek. Im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 25, S. 225 ff.
Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. 1914.
Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1904.
Horn, Die Eigentümerhypothek. 1906.
Hübner, Deutsches Privatrecht. 1922.
Jaeger, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1 und 2 1913.
Jäckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 1915.
Ihering, Passive Wirkungen der Rechte. In gesamm. Aufsätzen Bd. 2 S. 178 ff. und in Iher. Jahrb. Bd. 10.
Kretzschmar, Aufsätze in Zeitschr. f. freiw. Ger. Bd. 11 S. 714 und Bd. 14, S. 603, Bd. 15, S. 37.
Krückmann, Institutionen des bürgerlichen Rechts, Göttingen 1899.
Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach heutigem römischen Recht, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 103, S. 134 ff.
Lafrenz, Behandlung der Sicherungshypothek in der Zwangsversteigerung. In Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 335 ff.
Landsberg, System des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, 1904.
Maenner, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.
Nußbaum, Das deutsche Hypothekenwesen, 1921.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, 3—4. Aufl. Berlin 1910.
Oertmann, Conditio juris, 1924.
Oberneck, Die Grundbuchordnung, 1909.

Oertel, Die Maximalhypothek im deutschen bürgerlichen Recht, Leipziger Diss. 1908.
Philippsborn, Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung. In Gruch. Beitr. 1920, S. 12.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3 Sachenrecht, 1920.
Predari, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1913.
Puntschart, Pfandrecht an eigener Sache. In Festschr. für v. Amira, 1908, S. 105.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Aufl. Berlin 1923.
Reinhard, Die Höchstbetragshypothek. Im Recht 1918.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. in Jher. Jahrb. Bd. 50, S. 385.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899.
v. Schwind, Schuld und Haftung im geltenden Recht. In Jher Jahrb. Bd. 68, S. 1 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 2, 1. und 2. Sachenrecht, 9. Aufl. München 1926.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1. 1925, Bd. 2, 1926.
Sternberg, Die Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung. In Jher. Jahrb. Bd. 62 S. 385.
Strohal, Schuldübernahme in Jher. Jahrb. Bd. 57, S. 231 ff.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrechts. Bd 1 u. 2 Paderborn 1900.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1910, Bd. 2 1914, Bd. 3 1918.
Walsmann, Der Verzicht auf die Eigentümerhypothek und seine Wirkungen im Konkurse im Arch. f. bürg. Recht Bd. 39, S. 14 ff.
Walsmann, Der Verzicht.
Werner, Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstleistungshypothek. Breslauer Dissert. 1909.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2, 1906.
Wolff, Sachenrecht, im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Enneccerus-Kipp-Wolff, 20—21. Aufl. Marburg.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. 2, 1912.

Die Höchstbetragshypothek wird nach § 1190 BGB. bestellt zur Sicherung einer Forderung, deren Feststellung vorbehalten ist, also für eine bedingte, betagte oder sogar erst später vorgesehene Forderung. Ist die Feststellung dieser Forderung erfolgt, wird die Höchstbetragshypothek unstreitig entweder Gläubigerhypothek, oder Eigentümerhypothek oder beides zu geteiltem Betrage. Welche Geltung diese aus der Höchstbetragshypothek entstehenden Pfandrechtsformen, Eigentümerhypothek und Gläubigerhypothek, vor Feststellung der Forderung haben, ist ein dunkles Gebiet des Sachenrechts, welches aufzuklären, Zweck dieser Arbeit ist.

A. Die Theorie der Höchstbetrags-Hypothek.

I. Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung.

Es ist zunächst sehr bestritten, was unter Feststellung der Forderung zu verstehen ist, für welche festzustellende Forderung die Höchstbetragshypothek zu haften hat.

Die Höchstbetragshypothek dient gewöhnlich der Sicherung von Forderungen, die aus gewissen Lebenskreisen möglicherweise zur Entstehung kommen. Wenn nun Höchstbetragshypotheken etwa für bestimmte Schadensfälle, z. B. bei den typischen Kautionsstellungen von Angestellten, besonders Agenten, ihrem Geschäftsherrn gegenüber, bestellt werden, so bestimmt sich meist nur einmalig eine Forderung. In diesen Fällen ist klar, für welche Forderung die Hypothek haftet. Meistenteils aber entstehen aus dem zu sichernden Lebenskreise vielfache Forderungen. Die Sicherung zahlreicher, successiv entstehender, Forderungen ist sogar der Fall der Höchstbetragshypothek, welchen das praktische Leben am häufigsten bietet. Man denke da an die Höchstbetragshypotheken, welche Geschäftsleute zur Sicherung von Ansprüchen aus meist langwierigen Warenlieferungskontrakten für Fabrikanten bestellen, an den häufigen Fall der von einem Wirte für eine Brauerei bestellten Hypothek, an Bauhypotheken und schließlich an den Fall der Höchstbetragshypothek, welcher sich heute auf fast allen Grundbuchblättern von Kaufleuten, Handwerkern, Landwirten, überhaupt Gewerbetreibenden findet, die Höchstbetragshypothek der Bank für den dem Eigentümer eingeräumten Kredit. Wie schon gesagt, ist für diese letzten Fälle kennzeichnend, daß zahlreiche Forderungen entstehen, aber weiter, daß diese Forderungen wieder erlöschen, neue Forderungen entstehen und so weiter. Der Effekt einer Sicherung dieses Geschäftssystems, das man Kontokorrent- oder laufende Rechnung nennt, wird m. E. nur erreicht, wenn die Hypothek für das sich am Schluß der ganzen Lieferungs-, Zahlungs- oder Kreditvorgänge ergebende Guthaben des Gläubigers haftet. Ob und in welcher Höhe ein solches Guthaben entsteht, ist eine künftige Tatsache, welche durch die ungewissesten Vorgänge gebildet wird. Die Forderung aus diesem Guthaben selbst

ist also eine bedingte oder wenigstens zukünftige Forderung, sodaß die Höchstbetragshypothek als ein Fall der Hypothek für eine bedingte oder zukünftige Forderung des § 1113 Abs. 2 BGB. erscheint.[1])

Die Höchstbetragshypothek soll also für das Schlußguthaben haften. Diese Haftung scheint mir vereitelt zu werden, wenn man den Vorgängen, die zur Bildung des Gläubigersaldos führen, schon vor dessen endgültiger Feststellung irgendwelche Bedeutung für die Zuständigkeit der Hypothek beimißt.

Horn und ähnlich Planck[2]) wollen unterscheiden, ob die Höchstbetragshypothek bestellt ist für jede einzelne entstehende Forderung oder für den Saldo. Ich halte dafür, daß diese Unterscheidung nur gemacht werden kann, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung besteht, daß die Hypothek nur für einzelne Forderungen bestellt sein soll.[3]) Im allgemeinen wird dieses nicht der Fall sein, weil die Sicherung von Rechtsverhältnissen notwendig auf die Sicherung des Ergebnisses, d. h. des für die gesicherte Partei entstehenden Endguthabens, ausläuft.

Eine Reihe von Schriftstellern mißt dem Entstehen und Erlöschen jeder einzelnen Forderung des Gläubigers Bedeutung bei.[4]) Das ist abzulehnen, da es zu unerträglichen Ergebnissen führen würde.

Direkte Folgerung dieser Ansicht wäre, den § 1163 I, 1 BGB. vor Abschluß des Rechtsverhältnisses anzuwenden. Eine Zwischenzahlung des Eigentümers ließe dann eine endgültige Eigentümerhypothek entstehen.[5]) Diese Folgerung wird jedoch, soweit ich sehen kann, von niemandem gezogen, da sie all zu offen dem Zwecke und dem Wesen der Höchstbetragshypothek widerspricht.

Viel Streit besteht aber, wenn die Zwischenzahlung durch eine Person erfolgt, welche durch ihre Zahlung die Hypothek gemäß §§ 1164, 1174, 1143, 1173, 1150 BGB. erwerben würde. Möglich ist in diesen Fällen, daß eine teilweise Feststellung der Forderung erfolgt ist. Bei Zahlung eines festgestellten Betrages finden die §§ 1164 etc.

---

[1]) Biermann zu § 1190 Bem. 4 b; Güthe zu § 22 Anm. 14 letzt. Abs.; Horn S. 89 ff.; Fuchs GBO S. 621 ff. Beck, S. 51; Eichler S. 79; Sternberg S. 380 ff.

[2]) Horn S. 87; Planck zu § 1190, 6 a, 6 b; siehe dagegen Güthe § 22 Anm. 14.

[3]) so Planck für das Kontokorrent zu § 1190, 6 b.

[4]) Für eine Anwendung von §§ 1164, 1143, 1150, 1173 und 1174 BGB. erklären sich Staudinger zu § 1190 Bem. 5 a; Oertel S. 79 ff. Für §§ 1143, 1150, 1173 Beck S. 62 ff.; Bruck S. 182; Planck zu § 1190, 6 e; Reinhard Recht 1918 S. 219; Oberneck II S. 158; Bem. 7. Dagegen Güthe zu § 22, Anm. 20; Fuchs zu § 1190 Anm. 13; Horn S. 87 ff. Sternberg S. 435; Eichler S. 77.

[5]) Horn S. 89 unten.

BGB. selbstverständlich Anwendung.[1]) Liegt dieser Fall aber nicht vor, so dürfen die Bestimmungen der §§ 1164 etc. BGB keine Anwendung finden.[2]) Eine Zahlung der im § 1164 etc. BGB. genannten Personen darf nicht den vollständigen oder teilweisen Übergang der Höchstbetragshypothek auf diese zur Folge haben.

Hierfür besteht einerseits keinerlei wirtschaftliche Notwendigkeit. Im Falle der §§ 1150, 268 BGB. oder überhaupt, wenn der Höchstbetragshypothekengläubiger Zwangsvollstreckung betreibt, wird immer eine festgestellte Forderung vorliegen, und ein Hypothekenübergang auf den Zahlenden vollzieht hier sich selbstverständlich. In den übrigen Fällen kann aber keinerlei Zwang für den nicht als Schuldner im Schuldverhältnisse Stehenden vorliegen, zu zahlen. Will er es, mag er sich mit den Beteiligten einigen. Dieses wird in den meisten Fällen möglich sein.

Fehlt es nun an der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, die §§ 1164 etc. BGB. vor Feststellung der vorbehaltenen Forderung anzuwenden, so sprechen gegen die Anwendung triftige Gründe. Höchstbetragshypotheken werden vielfach zur Sicherung von Kreditverhältnissen bestellt, in denen nach und nach Forderungen entstehen und wieder erlöschen, die in ihrem Gesamtbetrage den Hypothekenhöchstbetrag bei weitem übersteigen. Nun könnte ja einer der nach §§ 1164 etc. BGB. zur Zahlung und Erwerbung der Hypothek Berechtigten durch Zwischenzahlungen die Hypothek lange vor Abwicklung des Rechtsverhältnisses an sich bringen. Dadurch würde der bisher durch die Hypothek Begünstigte, derjenige, welcher für die Abwicklung des ganzen Geschäftes gesichert sein sollte, plötzlich schutzlos sein. An den Kreditverhältnissen hat aber meistens nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Eigentümer ein Interesse. Wird dem Gläubiger die Hypothek entzogen, leidet auch der Eigentümer. Der Gläubiger wird sich kaum bereitfinden, ohne Sicherung das Rechtsverhältnis mit dem Eigentümer fortzusetzen. Solche Eingriffe widersprechen evident dem mit der Bestellung der Höchstbetragshypothek verfolgten Zwecke.

Sind diese Folgerungen abzulehnen, ist auch die Meinung falsch, daß die Höchstbetragshypothek für die einzelnen Forderungen so haftet daß diese unmittelbar dinglichen Schutz genießen, daß sich die Hypothek nach dem jeweiligen Forderungsstande richtet. Denn wird diese Meinung aufgestellt, sind die dargelegten und vielfach gezogenen ungünstigen Folgerungen unvermeidlich.

---

[1]) s. Eichler S. 80; Fuchs GBO S. 621.
[2]) so insbesond. Fuchs S. 621 und 624 GBO.

Die Höchstbetragshypothek haftet also für den Saldo, für das sich am Schluß des Rechtsverhältnisses, ob durch Vertrag oder Urteil ergebende Guthaben des Gläubigers. Dieser Saldo ist erst die festgestellte Forderung, für welche die Höchstbetragshypothek bestellt ist. Sämtliche vorgehenden Tatsachen, Entstehen oder Erlöschen von Forderungen, sind nur insoweit beachtlich, als sie den Saldo vermindern oder erhöhen. Vor Feststellung des Saldos besteht ein Schwebezustand, in dem ungewiß ist, wofür die Höchstbetragshypothek endgültig haftet, was sie ist, wem sie endgültig zusteht. Mit Feststellung der Forderung werden die Verhältnisse klar; unstreitig teilt sich die Höchstbetragshypothek in eine Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld oder in beides zu geteiltem Betrage. Für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für Grundschulden und Hypotheken ist jetzt freie Bahn.

II. Die Elemente der Höchstbetragshypothek.

Welche Art eines subjektiven Rechtes, und wessen subjektives Recht, oder ob überhaupt schon ein subjektives Recht in der Zwischenzeit von der Eintragung der Höchstbetragshypothek bis zur Feststellung der Forderung vorliegt, ist, wie Güthe sagt, eines der bestrittensten und schwierigsten Probleme des Sachenrechts. Einer Eindringung in das eigentliche Gebiet der Höchstbetragshypothek gehe eine Untersuchung des Wesens der beiden, die Höchstbetragshypothek bildenden, auf jeden Fall aus ihr entstehenden Elemente, Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld voraus. Zum Verständnis des Wesens der Höchstbetragshypothek erscheint es mir dabei wichtig und kommt es mir darauf an, nachzuweisen, daß Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld gleiche Rechtsinstitute mit nur verschiedener subjektiver Zuständigkeit sind.

1) Die Rechtsnatur der Gläubigerhypothek.

Die Hypothek ist ein Unterfall derjenigen Erscheinung des Sachenrechts, die unter dem Gesamtnamen „Pfandrechte" zusammengefaßt werden. Diese Pfandrechte sind[1]) nicht nur ihrem wirtschaftlichem Zwecke nach, sondern auch methodisch und dogmatisch eng verwandte und unter denselben Gesichtspunkten zu behandelnde Rechtsinstitute. Sie bezwecken wirtschaftlich, dem Gläubiger eine sichere Möglichkeit zu geben, einen ihm gebührenden Wert aus der Sache zu erlangen, und bewirken dieses juristisch dadurch, daß sie dem Gläubiger eine oder mehrere bestimmte Sachen verhaften. Diese Haftung ist ein dingliches Herrschaftsrechts des Gläubigers dahin.

[1]) Wenigstens soweit sie an Sachen bestellt sind. s. Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 103, S. 334.

1) sich den ihm gebührenden Wert aus der Sache durch eigene Handlung zu verschaffen,
2) einen dauernden Einfluß auf die Sache zu nehmen mit dem Ziele, seine Befriedigungsmöglichkeit durch Werterhaltung der Sache zu gewährleisten.[1])

Diese Rechte des Pfandgläubigers haben bei den verschiedenen Formen des Pfandrechts eine verschiedenartige Ausgestaltung erhalten. Beim Pfandrecht an beweglichen Sachen treten sie klar und eindeutig in die Erscheinung (siehe einerseits §§ 1204 und 1228, andererseits §§ 1205 und 1227 BGB.) Für die Hypothek ist es nicht so, und die hier als Ausgangspunkt genommenen Sätze sind bestritten.

Hält man sich aber die formell unterschiedliche Behandlung vor Augen, welche die Rechte an beweglichen Sachen und Grundstücken im geltenden Recht prinzipiell genießen, ergibt sich, daß inhaltlich und sachlich Hypothek und Pfandrecht ganz gleichgeartete Rechtsinstitute sind. Ein erster bedeutsamer formaler Unterschied zwischen dem Mobiliar- und Immobiliarsachenrechte zeigt sich im geltenden Recht darin, daß zur Kennzeichnung adäquater Rechtsvorgänge oder -Erscheinungen im Mobiliarrecht der Besitz, im Immobiliarrecht die Buchform, Grundbucheintragung, dient. Diese grundsätzliche formale Verschiedenheit hat in Einzelheiten reichhaltige, ebenso verschiedenartige Folgerungen. Man braucht nur die Formen, in denen Rechte an Fahrnis und Grund erworben, erhalten und verloren werden, gegenüberzustellen, um die zwar formell so außerordentliche Verschiedenheit, aber sachlich ebenso bedeutende Gleichartigkeit dieser Erscheinungen zu erkennen. Es wird auch niemand daraus, daß zum Eigentumserwerb an Grundstücken niemals der Erwerb des Besitzes gehört, folgern, daß Eigentum an Fahrnis und Grund etwas Verschiedenes sind. Dieselbe Parallele ist beim Nießbrauch und anderen dinglichen Rechten zu ziehen. Eigenartig ist nun zwar, daß bei der Hypothek kein Recht auf Besitz vorhanden ist, während dieses bei sämtlichen anderen dinglichen Rechten, die zugleich an Fahrnis und Grund bestehen können, auch gegenüber Grundstücken immer besteht. Dieser Unterschied hat verschiedentlich dazu verleitet, der Hypothek den Charakter eines

---

[1]) So im wesentlichen Endemann S. 704 Anm. 17; Biermann zu § 1113; Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 335; Planck Vorbem. 3 vor § 1113; v. Tuhr, I S. 135; Staudinger zu § 1113 Anm. I, 1; Landsberg, Sachenrecht §§ 200 und 201. Strohal in Jher. Jahrb. Bd. 57, S. 282 ff.; Oberneck Bd. II, S. 2 Anm. 4: Wolff Sachenr. § 131. I.

dinglichen Rechts abzusprechen.[1]) Aber aus den verschiedenen Zwecken, denen einerseits sämtliche andere Grundstücksrechte, andererseits das Pfandrecht dient, ergab sich die verschiedene Gestaltung. Das Pfandrecht ist nur Befriedigungsrecht und soll die Eigentumsbelange an sich nicht stören. Dieses erkennt man auch an der Entwicklung des Pfandrechts im römischen Recht, wo beim Vertragspfand (hypoteca) auch für Fahrnis keine Uebertragung des Besitzes erforderlich war. Daß dieses im deutschen Rechte anders gestaltet ist, beruht, wie unten noch weiter ausgeführt wird, auf rein rechtspolitischen Gründen (Rechtsschein), berührt das Wesen der Sache aber nicht. Um den Rechtsschein zu wahren, schien beim Fahrnispfand der Besitz erforderlich, während beim Grundpfand die Buchform denselben Dienst leistete. Das Streben des Pfandrechts richtet sich nicht auf Besitz sondern auf Verwertung. Bis zum Zeitpunkte der Verwertung hat der Besitz beim Fahrnispfand rein defensive Bedeutung, (Schutzmittel zur Sicherung des Befriedigungsrechtes), um dann später erst den eigentlichen Rechtszweck des Pfandes, die eigenmächtige Verwertung zu erleichtern. Im Zeitpunkte der Verwertung bekommt aber auch der Eigentümer (dessen Recht bis jetzt die Buchform genügend befriedigte) eine Art tatsächlicher Herrschaft über die Sache, insofern nämlich der ganze Verlauf der Zwangsversteigerung, das rechtliche Schicksal des Grundstückes, die Verfügung über dasselbe (natürlich nur soweit sein Recht besteht und nicht mit anderen kollidiert) von ihm abhängen. (siehe §§ 15, 29, 30, 31, 97, 153 ZVG). Freilich ist dieses nur eine mittelbare Einwirkung auf die Sache. Aber das ist nichts Eigenartiges und nur die Konsequenz eines zweiten prinzipiellen Behandlungsunterschiedes zwischen Mobiliar und Immobiliarrecht. Im Grundstücksverkehr ist nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften mit bedeutenderer Vorsicht zu verfahren als im Verkehr mit beweglichen Sachen. Diese Vorsicht des Gesetzes zwingt den Eigentümer, sein Befriedigungsrecht nicht wie beim Fahrnispfand eigenmächtig, sondern mit Hilfe des Staates auszuüben. Aber wie Besitz und Bucheintrag als korrespondierende Formelemente des Sachenrechts das Wesen der inhaltlich gleichen Rechte nicht berühren, kann die rechtspolitische Einstellung des Gesetzes, nach welcher der Hypothekenberechtigte sich zur Verwirklichung seines Rechtes des Staates

[1]) Siehe z. B. Du Chesne, Iher. Jahrb. 1926 S. 207 ff. besond. S. 214. Du Chesne geht soweit, zu erklären, das Gebiet des dinglichen Rechts falle mit dem des Besitzes zusammen, wo kein Besitz möglich sei, bestände auch kein dingliches Recht. Fuchs, Grundbegriffe S. 81 scheidet wegen des der Hypothek mangelnden Rechtes auf Besitz die Hypothek von dem Pfandrecht an beweglicher Sache als artverschiedenes Recht.

bedienen muß, während ein Fahrnispfandgläubiger unmittelbar vorgehen kann, keine inhaltliche Verschiedenheit erzeugen. Dieselbe unterschiedliche Behandlung begegnet in der historischen Entwicklung des Obligationenrechts. Ursprünglich griff sich jeder seinen Schuldner selbst und zwang ihn zu leisten, heute muß er sich (auch aus rechtspolitischen Gründen) erst das Gericht und den Gerichtsvollzieher dazu holen. Aber das hat doch keine Aenderungen des Wesens des obligatorischen Rechtes bedingt.

Die theoretische Feststellung der Verschiedenartigkeit der sachenrechtlichen Form ergibt in ihrer Anwendung auf das Hypothekenrecht, daß das Befriedigungsrecht des Eigentümers sich ebenso durch eigene Handlung durchsetzt, wie das des Pfandgläubigers beweglicher Sachen. Es findet freilich eine Intervention des Staates statt. Diese Intervention des Staates bedeutet aber nur die Vermittlung des eigenen Zugriffs des Hypothekengläubigers auf die Sache selbst. Dieser in den Formen der staatlichen Vollstreckung erfolgende Zugriff wendet sich direkt gegen das Grundstück. Der Wille des Eigentümers wird ignoriert. Die Duldungsklage, die gegen ihn angestrengt wird, ist keine Leistungsklage, ihre Vollstreckung müßte ja dann nach §§ 887, 888, 890 oder 894 ZPO erfolgen, sondern nur eine Feststellungsklage,[1]) dahingehend, daß jetzt der Fall eingetreten ist, wo zur Verwertung des Grundstücks geschritten werden kann. Daß diese Klage gegen den Eigentümer gerichtet wird, liegt daran, daß in dessen Rechte eingegriffen wird, und jeder durch Zwangsvollstreckung erfolgende Eingriff in fremde Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels geschieht. Von dem Eigentümer wird weder ein Tun noch ein Unterlassen verlangt, er verteidigt sich nicht selbst, sondern das Grundstück.[2]) Analoge Vorgänge gibt es ja auch bei der Befriedigung aus beweglichen Sachen und Rechten (§§ 1233, 2, 1277 BGB.) Auch hier muß ein Duldungstitel gegen den Pfandschuldner erwirkt werden. An der rein dinglichen Herrschaftsnatur dieser Pfandrechte wird aber nicht gezweifelt. Das Befriedigungsrecht des Hypothekengläubigers ist also auch selbstherrlich, ergreift die Sache, zwar nur mittelbar, aber desto trotz nicht weniger durch eigene Handlung, eben mittelbare Handlung des Gläubigers.

---

[1]) s. Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung S. 453 ff., dort auch ausführliche Literatur, S. 459; s. Wolff, § 139 I.

[2]) s. hierzu auch Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 433 und 434, S. 453 ff.

Zur Beurteilung des zweiten Rechtsinhaltes der Hypothek, der die werterhaltende Funktion der Hypothek genannt sein mag, muß auf die vorher gegebene theoretische Begründung des formalen Gestaltungsunterschiedes bei Rechten an Fahrnis und Grund zurückverwiesen werden. Bei dem Fahrnispfandrecht liegt, wie oben schon erwähnt, die werterhaltende Funktion ausgedrückt in der Tatsache des Besitzes und in den Ansprüchen des § 1227. Der Besitz schützt gegen Rechtsverlust, der Besitz und die Ansprüche des § 1227 BGB. zusammen gegen eine tatsächliche Wertminderung oder auch Entwehrung der Sache. Wenden wir hierauf den oben entwickelten Formenunterschied — Buchform bezw. Besitz — an, so ergibt sich beim Grundpfandrecht ein ganz gleiches Bild wie beim Fahrnispfandrecht. Die Eintragung seines Rechtes in das Grundbuch schützt den Hypothekar vor dem Verlust seines Rechtes, und ganz analog wirken die Vorschriften der §§ 1134, 1135 BGB. als dingliche Ansprüche gegen den Eigentümer wie gegen jeden Dritten auf Unterlassung einer Wertminderung der Sache.

Wir haben festgestellt, daß das Pfandrecht an beweglichen Sachen denselben Zwecken dient, wie das Pfandrecht an Grundstücken, daß zwar die Verwirklichung dieser Zwecke sich in verschiedenartigen Formen vollzieht, daß aber der Inhalt der Rechte gleichartig ist, und, wie oben behauptet, darauf hinzielt,

1. sich einen Wert aus der Sache durch eigene Handlung zu verschaffen,
2. einen dauernden Einfluß auf die Sache zu nehmen mit dem Ziele, die Befriedigungsmöglichkeit durch Werterhaltung der Sache zu gewährleisten.

Gegen die Formulierung des Hypothekeninhaltes als eines dinglichen Verwertungsrechtes wendet sich eine Theorie, welche behauptet der Gläubiger habe kein eigenes Zugriffsrecht auf die Sache, sondern nur einen Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer auf Leistung der Geldsumme aus dem Grundstück (Theorie der Realobligation[1]). Verwandt mit dieser Ansicht ist eine Theorie, die von dem germanischrechtlichen Unterschied zwischen Schuld und Haftung ausgeht. Hiernach ist die Schuld ein Leistensollen, dem ein erzwingbares Bekommensollen nicht gegenübersteht. Für eine jede Schuld gibt es daneben eine besondere Haftung, Personen- oder Sachhaftung, nach der eine Person

[1]) Crome § 460 Anm. 41, Fuchs, Grundbegr. S. 87 ff., GBO S. 373 ff. Siber S. 132 ff., Cosack i. d. alten Aufl. s. Lehrb.

oder Sache dazu bestimmt ist, Befriedigungsobjekt im Falle der Nichterfüllung der Schuld zu sein. Die Theorie von der Realobligation wird dann dahin abgewandelt: Der Eigentümer schulde die Hypothekensumme, aber er hafte für sie nur mit dem Grundstück.[1])

Da diese Theorien grundsätzlich nicht zu einer unterschiedlichen Wertung des Wesens von Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld führen, gehört ihre Behandlung nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Die oben vertretene Ansicht ist heute in Literatur und Praxis auch so sehr herrschend,[2]) daß es erlaubt ist, ihre Richtigkeit zu unterstellen. Inwiefern die Realobligationstheorie eine unterschiedliche Betrachtung von Gläubigerhypothek und Eigentümergrundschuld bedingt, wird im übrigen bei der Behandlung des Wesens der Eigentümerhypothek untersucht.

2. Die Rechtsnatur der Eigentümer-Grundschuld.

a) Die Eigentümergrundschuld ist ein der Hypothek gleiches Recht an eigener Sache.

In den §§ 1163, 1168, 1170, 1172 BGB. etc. wird von der Zuständigkeit eines Hypotheken- bezw. Grundschuldrechtes an den Eigentümer gesprochen. Die Eigentümerhypotheken sind nach § 1177 BGB. wie Eigentümergrundschulden zu behandeln. Bezüglich dieser Eigentümergrundschulden wird in § 1197 BGB. bestimmt, daß der Eigentümer aus ihnen nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben dürfe, und daß ihm Zinsen nur im Falle einer Zwangsverwaltung und für die Zeit derselben aus dem Grundstücke zukommen.

Nach § 1197 BGB. ist also das wichtigste Recht des Hypothekars gestrichen, selbständige Befriedigung aus der Sache durch Zwangsversteigerung zu suchen. Im Falle, daß von einem anderen Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung betrieben wird, tritt es jedoch wieder in Erscheinung, insofern der Eigentümer bei der Verteilung des Erlöses wie jeder Hypothekar berücksichtigt wird. Darüber hinaus entfaltet dann die Eigentümerhypothek vor dem Zwangsversteigerungsverfahren alle die Defensivwirkungen der Hypothek, wie Wahrung des Ranges, die auch dem Gläubigerhypothekar eignen. Ausgenommen sind auch hier kraft Natur der Sache die in §§ 1134 und 1135 BGB. bestimmten Ansprüche, soweit sie sich gegen den Eigentümer richten.

[1]) Gierke, Dtsch. Priv. Recht 2 S. 852; Hübener S. 383; v. Schwind Jher. J. Bd. 68, S. 50, 84 ff.; Heymann JW 1917, S. 513; Dernburg Sachenrecht § 209 II.

[2]) siehe Anm. 1 S. 13.

Es ist nun streitig, ob die Eigentümerhypothek noch eine wirkliche Grundstücksbelastung im oben beschriebenen Sinne, oder nur Eigentum, wie Güthe sagt, Eigentum in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle ist.

Die Hypothek hat wie jedes dingliche Recht Eigentumsinhalt, d. h. sie umfaßt irgend eine Befugnis, die an sich schon im Eigentume steckt. Das liegt schon darin ausgedrückt, daß wir das Eigentum an einer Sache als das umfassendste Recht an der Sache definieren, das Recht, welches in sich das größtmöglichste Maß wirtschaftlicher und rechtlicher Sachbeherrschung trägt. Jede Befugnis, die irgend eine beschränkte Herrschaft über die Sache gewährt, steckt also auch schon als Teilrecht im Eigentumsrechte. Diese Teilrechte sind die begrenzten dinglichen Rechte. Sie vermitteln nur eine inhaltlich genau umschriebene Herrschaftsmöglichkeit über die Sache, haben aber das Auszeichnende, daß sie dem Eigentum stets im Range vorgehen. Das Eigentum selbst ist ranglos, bezw. rangiert stets hinter allen begrenzten Rechten an der Sache.[1])

Wird nun aus dem Eigentum irgendeine Befugnis für den Eigentümer abgesondert, die eine Rangstellung vor dem an letzter Stelle stehenden Eigentum haben soll, so hat diese Befugnis natürlich nach wie vor Eigentumsinhalt, aber der juristischen Konstruktion nach ist etwas Besonderes geschaffen, das, obgleich reiner Eigentumsinhalt,[2]) eine Rechtsform ist, die nicht durch das Eigentum allein erklärlich ist, ein Recht, das dem Eigentum vorgeht, dieses zurückdrängt und von den Schicksalen des Eigentums unabhängig gemacht ist. Dieses zeigt sich für die Eigentümerhypothek z. B. bei der Stellung der Eigentümerhypothek in der Zwangsversteigerung (bevorzugtes Erlösaneignungsrecht) und der Zwangsverwaltung (bevorzugtes Zinsrecht), bei der allgemeinen Rangordnung der begrenzten Rechte am Grundstück und im Grundstücksverkehr. Hier sind folgende Tatsachen besonders

---

[1]) s. § 903 BGB; Wolff Sachenrecht § 71 2; v. Tuhr Bd. 2 S. 75, 79 und 81. Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 199, 447.

[2]) s. Wolff § 147 1, 1; Gierke § 166 Anm. 22; Viele Schriftsteller, so Planck zu § 1113 Vorbem. C; Hirsch Uebertragung der Rechtsausübung S. 446; Horn S. 53, Biermann Sachenrecht S. 548, 549 geben der Eigentümerhypothek sogar einen nicht im Eigentumsrechte enthaltenen Inhalt. Das halte ich für unrichtig. Das einzige, was der Eigentümer kraft des Eigentums nicht auch schon hat, ist seine Rangstellung. Diese ist aber nicht Inhalt seines Rechtes, sondern nur dessen Eigenschaft (siehe Gierke 2 S. 922 Anm. 13 und v. Tuhr 1 S. 331). Diese Eigenschaft aber eignet nur beschränkten Rechten, das Eigentum selbst ist ranglos, bezw. rangiert stets an letzter Stelle. (Hirsch S. 200 Anm. 1 und im Text weiter unten).

markant. Wird das mit einer Eigentümerhypothek belastete Grundstück veräußert, oder verzichtet der Eigentümer auf das Grundstück, so bleibt in Ermangelung einer anderen Bestimmung die Eigentümerhypothek als Gläubigerhypothek beim bisherigen Eigentümer.[1]) Der Eigentümer kann ferner selbständig über die Eigentümerhypothek verfügen. Diese kann zwangsweise gepfändet und jemand anders überwiesen werden. Ist der Eigentümer in der Verfügung über das Grundstück allgemein beschränkt, braucht er nicht in der Verfügung über die Hypothek beschränkt zu sein.[2])

Diesen verselbständigten Teilinhalt des Eigentums nennt der Gesetzgeber Eigentümerhypothek. Er ist aber auch eine wirkliche Hypothek.[3])

Daß dem Eigentümer-Hypothekengläubiger das Recht fehlt, selbständig Zwangsvollstreckung in den ihm gehörenden Gegenstand zu betreiben, schließt m. E. dieses nicht aus. Die Rechtsminderung des § 1197 BGB. ist eine ganz verständliche Ausnahme. Sie folgt einerseits daraus, daß niemand gegen sich selbst eine Leistung beitreiben kann[4]), weiter daraus, daß für den Eigentümer durch die Zwangsvollstreckung nichts geleistet wird, was bisher etwa außerhalb seines Vermögens war[5]), schließlich aus schwerwiegenden rechtspolitischen Gründen. Ein Eigentümer könnte sich z. B. ja sonst auf seinem Grundstück eine kleine erste Eigentümerhypothek eintragen lassen. Belastet er nachher das Grundstück weiter zugunsten Dritter, bis zur augenblicklichen Wertgrenze, und tritt später eine vorübergehende Baisse auf dem Grundstücksmarkt ein, könnte er Zwangsversteigerung betreiben und auf diese Weise das Grundstück billig entschulden. Zum Schutze eines ehrlichen Verkehrs zeigt sich die Bestimmung notwendig.[6]) Aber es kann ja auch Gläubigerhypotheken geben, bei denen die Beschränkungen des § 1197 BGB. vertraglich mit dinglicher Wirkung vereinbart sind. Auf Fälle dieser Art weist Wolff (S. 518 Anm. 9 und S. 388 III, 1) hin. Diese Hypotheken bleiben dann doch auch Hypotheken, freilich solche, bei denen die Voraussetzungen ihrer Geltendmachung erschwert

---

[1]) So z. B. Planck Vorbem. e vor § 1113; Hirsch, Arch. b. R. Bd. 25, S. 251; Horn S. 32; Oberneck 2 S. 25 nimmt diese Erscheinung sogar mit in die Definition des Wesens der Eigentümerhypothek auf.

[2]) s. Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung S. 446.

[3]) So Wolff, Sachenr. § 147 I 3, Fuchs, Grundbuchr. S. 520 Nußbaum S. 50; Dernburg, Sachenr. S 598; v. Tuhr, Bd. 2 S. 81; Goldmann-Lilienthal S. 575; Biermann Sachenr. S. 547; Crome Sachenr. S. 741.

[4]) So Heinsheimer in Festschr. f. Wach 3 S. 130; Crome S. 741; Planck zu § 889 Anm. 2; Endemann S. 737.

[5]) Fuld S. 4.

[6]) so Hachenburg, Vorträge S. 524; Hirschfeld S. 40; Mugdan, Motive zum BGB., 3 S. 410, S. 851 ff. S. 573.

sind.[1]) Um solche erschwerenden Voraussetzungen der Geltendmachung handelt es sich bei der Eigentünerhypothek auch nur.[2]) Ueber diese erschwerenden Voraussetzungen der Geltendmachung seines Rechtes hinaus hat aber der Eigentümerhypothekar die gleichen Rechte wie der Fremdhypothekar. Diese Rechtslage drückt Horn (S. 47) treffend so aus: „Den Inhalt der Eigentümergrundschuld bestimmt das BGB. nicht durch Aufzählung der dem Eigentümer zustehenden Befugnisse, sondern durch Hervorhebung der diesem fehlenden Rechte und gibt dadurch zu erkennen, daß der Eigentümer im übrigen alle Rechte des Grundschuldgläubigers hat, daß sein Recht ein wirkliches Grundstücksrecht ist."

Dieses gilt sowohl für die Fälle der ursprünglichen wie der abgeleiteten Eigentümerhypothek. Für die Fälle der Sukzession des Eigentümers in eine Gläubigerpost, des Gläubigers wieder in eine Eigentümerpost sind auch in den Grundsätzen der rechtlichen Sukzession weitere Beweisgründe für die Existenz einer wirklichen Grundstücksbelastung zu finden.[3])

Es wird nun aber in Zweifel gestellt, ob die Nebeneinanderexistenz von Eigentum an einer Sache und beschränktem Recht des Eigentümers an derselben Sache begrifflich möglich ist. Hierzu bietet Becker einen feinen und fruchtbaren Vergleich, wenn er in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 45 fragt: „Warum sollte ich die Befugnis zu einer bestimmten Behandlung der Sache nicht aus einem und vielleicht noch aus einem anderen Grunde haben können?" Das weist auf eine Konkurrenz von Ansprüchen, die dem Obligationenrecht ja längst geläufig ist.[4]) Der Eigentümer kann nun tatsächlich großes Interesse daran haben, Gewalt über die Sache in den beiden Formen des Eigentums und des Pfandrechts zu erhalten. Dieses zeigt sich, sobald Rechte Dritter entstehen, denen das Eigentum an sich nicht entgegentreten könnte.[5])

Die Kritik gegen die Zusammenfassung von Eigentum und beschränktem Recht an derselben Sache in einer Person erfolgt von dem Gesichtspunkte der Totalität und Elastizität des Eigentums aus. Während nun der Begriff der Elastizität des Eigentums festliegt, als der Umstand, daß, falls ein dingliches Recht wegfällt, das Eigentum

[1]) ebenso Planck III b zu § 1147.
[2]) Wolff Sachenr. § 147, 2 Planck zu § 1147 Bem. III, b.
[3]) Dernburg Sachenr. S. 615; Horn S. 51.
[4]) So auch Hirschfeld S. 38.
[5]) Wolff, Sachenr. § 51, II.

von selbst die in diesem steckende Rechtsmacht unter seine Befugnisse wieder aufnimmt, ist das, was unter Totalität des Eigentums zu verstehen ist, zweifelhaft. Das Eigentum wird nach Windscheid[1]) definiert als ein an sich schrankenloses Recht der Herrschaft über die Sache. Diese Ansicht von der absoluten Macht des Eigentümers ist aber heute allgemein aufgegeben und man definiert das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann.[2]) Diese umfassendste Machtstellung versteht man unter dem Begriff „Totalität des Eigentums".

Da der Eigentümer alle Rechte, die man gegenüber eine Sache haben kann, besitzt, ist es fraglos, daß er nicht noch mehr Rechte über die Sache erwerben kann. Durch Erwerb einer Hypothek würde er darum gegenüber der Sache keine größeren Rechte erwerben können. Aber das Recht an eigener Sache tritt, wie überhaupt jedes Recht, erst in Aktivität in seinen Beziehungen zu anderen Rechten. Und hier zeigt sich das Wesentliche[3]) der Verselbständigung des bestimmten Eigentumsinhaltes als Eigentümerhypothek. Infolge dieser Verselbständigung bekommt die Eigentümerhypothek im Verhältnis zum Eigentum und später entstehenden Belastungen einen Vorrang. Der Eigentümer hat dabei, das sei nochmals betont, keine größere Macht gegenüber der Sache als im Eigentum steckt, noch wird irgendwie das freie Belieben des Eigentümers gegenüber der Sache gehemmt, vielmehr steckt sich die Rechtsmacht des Eigentümers nur in ein neues rechtliches Gewand. Dieses geschieht, da das Eigentum an sich unfähig ist, einen Rang gegenüber anderen Rechten an der Sache zu wahren. Das Eigentum knickt vor Rechten Dritter unbedingt um. Das Eigentum ist ranglos oder rangiert stets hinter den beschränkten Rechten Dritter. Rang des Eigentums ist, wie Biermann[4]) sagt, contradictio in adjecto, ein Widerspruch in sich selber. Das Eigentum ist Mutterrecht und jedes Tochterrecht hat notwendig einen dem Mutterrechte überlegenen Rang.[5]) Sonst wäre ja die Schaffung eines Tochterrechtes zugunsten Dritter unsinnig gegenüber der umfassenden Machtstellung, die das Eigentum verleiht. Weiter ergäbe sich sonst auch die Stellung: Eigentum mit Rang = Eigentum ohne Rang. Das widerspräche der Einheitlichkeit der subjektiven Rechtsmacht, Eigentum.

---

[1]) Windscheid, Pandekten § 157 S. 967.
[2]) Wolff, Sachenrecht § 51, II.
[3]) Horn S. 53; Fuld S. 38.
[4]) Biermann, S. 548 und 549.
[5]) Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung S. 33 ff.

Rang kann nicht für dasselbe Recht verschieden geordnet sein, d. h. demselben Recht halb so, halb anders zustehen. Rang ist Kollisionsnorm, Eigenschaft eines Rechtes, die dessen Stellung zu irgendwelchen anderen Rechten festlegt.[1]) Zusammenfassend sei gesagt: die Eigentümerhypothek enthält einen Eigentumsbestandteil wie jedes andere dingliche Recht. Aber dieser Eigentumsbestandteil ist in der Hand des Eigentümers ebenso selbständiges Recht, wie jedes andere dingliche Recht. Es liegt eine konkurrierende Häufung dinglicher Machtpositionen in einer Person vor.

Diese Ansicht, daß die Eigentümerhypothek eine echte, der Gläubigerhypothek wesensgleiche Grundstücksbelastung ist, ist sowohl in der Literatur wie Praxis herrschend.[2])

Dieser Auffassung stehen auch die im Folgenden behandelten Schriftsteller nahe, wenngleich ihre Formulierungen teilweise sehr abweichen.

Predari (S. 217) betont mehr den Charakter der Hypothek als Wertrecht, findet aber als solche Hypothek und Eigentümerhypothek gleichgeartet. Er sagt: „Die Hypothek bedeutet das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsversteigerung ermittelten Wertes des haftenden Grundstückes in bestimmter Höhe. Die Eigentümerhypothek ist ein Wertrecht an eigener Sache, das sich einerseits gegen andere Rechte am Grundstück, andererseits durch die Möglichkeit seiner Veräußerung an Dritte betätigt."

Horn (S. 61) betont die bloß vorbereitende oder interimistische Bedeutung der Eigentümerhypothek und Grundschuld. Sie sind ihm nur juristische Platzhalter, welche aber im Gegensatze zum Rangvorbehalt selbständige materielle Befugnisse gewähren. Und sie sind ihm „ein wirkliches Pfandrecht, dessen volle Rechtswirkungen jedoch, solange die Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum in einer Hand besteht, suspendiert sind."

Hirsch nennt die Eigentümerhypothek (im Arch. f. bürg. Recht Bd. 25, S. 225) die zu bestimmtem Teile und Range im Grundbuch eingetragene Surrogationsbefugnis des Eigentümers. In seinem neueren Werke, „Uebertragung der Rechtsausübung", geht Hirsch (S. 420) für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Pfandrechts von dem

[1]) s. darüber v. Tuhr I S. 317; Gierke, Dtsch. Privatrecht II S. 922; Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 33 ff., S. 35.

[2]) Biermann, Sachenrecht S. 547: Goldmann-Lilienthal Sachenr. S. 575 Crome, Sachenr. S. 741; Wolff, Sachenrecht § 147 I 3; Planck Vorbem. vor § 1113; Rosenthal Anhang zu § 1113; Hirschfeld S. 37; Nußbaum S. 50; Fuchs, Grundbuchrecht S. 520, 522; Dernburg S. 590 (§ 209, 3); RG. Bd. 70, S. 357; Bd. 77, S. 297; Bd. 88, S. 305; KG Bd. 27 A 131; Bd. 29 A 181.

Erlöswegnahmerecht des Subhastaten aus. Dieses Recht sei die wesentliche pfandrechtliche Befugnis. (S. 232). Durch Uebertragung der Ausübung dieses Rechtes an einen anderen entstehe das Gläubigerpfandrecht (S. 420). Das Erlöswegnahmerecht stehe dem Subhastaten aber nicht auf Grund seines Eigentumes zu. Das Eigentum sei das rangschlechteste Recht. Auf Grund des Eigentums sei das Erlöswegnahmerecht des Eigentümers also nicht zu erklären, sondern nur auf Grund eines rangbesseren Rechtes. Dieses Recht sei ein neben dem Eigentum selbständig bestehendes Recht, das Eigenpfandrecht (S. 447). Den wesentlichen Unterschied zwischen Eigenpfandrecht und Gläubigerpfandrecht formuliert Hirsch dann so (S. 421): „Der Eigenpfandgläubiger erwirbt den Besitz des ihm gebührenden Erlöses, weil er kraft Gesetzes ein Pfandrecht am Erlöse hat, kraft Wegnahmerechtes. Der echte Pfandgläubiger erwirbt den Besitz des ihm gebührenden Erlöses, weil er kraft Gesetzes ein Pfandrecht am Erlöse hat, kraft Aneignungsrechtes." Ich glaube, daß nach diesen Ausführungen Hirsch's zu erkennen ist, daß für ihn Fremdhypothek wie Eigenhypothek ihrer rechtlichen Struktur nach nicht auseinanderfallen, und daß beide dingliche Rechte gleicher Art sind. Mit dieser Feststellung aber ist das dieser Arbeit gesteckte Ziel erreicht und auf die weiteren Ausführungen Hirsch's nicht einzugehen.

Sachlich sehr weit abweichend von der hier vertretenen Ansicht scheint mir auch die Ansicht Endemanns nicht zu sein. Dieser erklärt:[1]) „Die sogenannte Eigentümerhypothek des BGB. ist ihrer materiell rechtlichen Struktur nach weder eine Hypothek noch eine Grundschuld, sondern das Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechtes gegenüber den der offenen Stelle im Rang nachstehenden Grundpfandrechten. Demnach handelt es sich inhaltlich überhaupt nicht um eine Belastung. Das seiner Natur nach auf die unbeschränkte Rechtsmacht an der Sache abgestellte Eigentumsrecht kann auch nicht in einzelnen Beziehungen seinem Inhalt nach ein begrenztes Recht sein; es erscheint vielmehr in dem Sinn begrenzt, als ihm von außen her durch die dinglichen Rechte Dritter Schranken gesetzt werden. . . . Der Rechtschutz ist nur so zu erlangen, daß[1]) das Eigentumsrecht zum Zwecke und im Umfange der Schutzwirkung die Gestalt eines den Grundpfandrechten ebenwertigen Rechtes annimmt; denn nur so vermag es den gültig bestehenden Hypotheken

[1]) Endemann, Sachenrecht 5, S. 738 und Anm. 6 derselben Seite.

entgegenzuwirken, und nur so an dem Erlöse sich fortzusetzen, und daß dieses Eigentumsrecht nach Art der begrenzten Rechte einen bestimmten Rang einnimmt, obgleich das Eigentumsrecht selbst rangslos ist und durch die begrenzten Rechte Dritter sonst zurückgedrängt wird. . . . . Die Bedeutung der Eigentümergrundschuld beruht nach all dem darin, daß ein Teil des Eigentumsinhaltes nämlich das nach Umfang und Rang bestimmte Recht an dem im Zwangsversteigerungsverfahren erzielten Erlöse des eigenen Grundstückes als ein selbständiger Vermögensgegenstand abgesondert wird. Dieses objektivierte Stück des Eigentumsrechtes tritt in der grundbuchmäßigen Gestalt eines Grundpfandrechtes auf, weil dieses am besten sowohl der Wirkung, die nachstehenden Grundpfandberechtigten zurückzuhalten, als auch dem Rechte des Eigentümers an dem bestimmten Teil des Erlöses, der durch Surrogation in die Stelle des Grundstücks einrückt, entspricht. Hierzu kommt der weitere Grund, daß die an den Eigentümer zurückfallende Hypothek in ihrer bisherigen grundbuchmäßigen Gestalt zu erhalten ist, damit sie auf diese Weise der Rechtsvereinigung entzogen und zugleich als eine für den Zweck der künftigen Uebertragung an einen Dritten geeignete Belastung in Erscheinung bleibe."

Sehr treffend sagt Horn hiergegen: „Ein Eigentumsrecht, von welchem fingiert wird, daß es ein Grundpfandrecht ist, das zur Gestalt eines den Grundpfandrechten ebenwertigen Rechtes und zum Range derselben seine Zuflucht nehmen muß, um anderen Hypotheken entgegenzuwirken, dürfte wohl weit eher ein Pfandrecht, als ein Eigentumsrecht sein. . . . Habe ich die Wirkungen eines Rechtes erkannt, so weiß ich auch, von welcher Beschaffenheit es ist". Endemanns Ansicht scheint mir, konsequent entwickelt, gerade auf die hier vertretene Auffassung auslaufen zu müssen. Gestört ist Endemann nur durch die Annahme des begrifflich unmöglichen Nebeneinanderbestandes von Eigentum und beschränkten Recht an derselben Sache in einer Person. Das Eigentum ist, wie schon oben ausgeführt wurde, das umfassendste Recht an der Sache, das die Rechtsordnung zuläßt, nicht das unbeschränkte Recht an der Sache. Dieses umfassendste Recht wird eingeschränkt durch beschränkte dingliche Rechte. Will der Eigentümer eine Befugnis haben, welche durch diese beschränkten Rechte nicht zurückgedrängt wird, muß er diese Befugnis die Form eines beschränkten dinglichen Rechtes annehmen lassen. Diese Form aber entscheidet über die juristische Bedeutung der Befugnis. Der Einwand der begrifflichen Unmöglichkeit kann, wie schon oben erklärt wurde, nicht als Bedenken

gegen die vom Gesetz geschaffene Rechtslage verwandt werden.[1])

Auf der heute fast allgemein abgelehnten Theorie des subjektiven Rechtes als eines rechtlich geschützten Interesses, die Ihering aufgestellt hat, gründet sich eine Theorie, die zwischen der passiven und aktiven Seite des Rechtes unterscheidet.[2]) Boehm[3]) gibt dieser Ansicht folgenden scharfformulierten Ausdruck: „Zu einer befriedigenden Lösung dürfte die von Hachenburg . . . vertretene Auffassung führen. Nach ihm bedeutet die Eigentümerhypothek den Eintritt der Verpflichtung ohne gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung, die Bindung der Sache durch den Eintrag ohne Verbindung mit einer begünstigtigten Person. Das Rechtsobjekt ist vorhanden, das Grundstück ist wirksam in Höhe der eingetragenen Summe belastet; . . . immerhin äußert sich die dingliche Belastung dadurch wirksam, daß sie die Rechte nachstehender Gläubiger ausschließt oder einschränkt, und daß sie dem Eigentümer die Befugnis gibt, die vorhandene Belastung mit einer persönlichen Forderung zu verbinden. Trotz Vorhandenseins der passiven Seite fehlt aber das Rechtssubjekt. Der Eigentümer ist nicht befugt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu seiner Befriedigung zu betreiben; . . . abgesehen davon, daß hierzu ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht vorliegt, erklärt sich die Vorschrift eben aus dem Fehlen des Rechtssubjektes, aus dem Mangel der aktiven Seite. . . . Die Eigentümerhypothek ist also nur ein Teil der Hypothek, eine unvollkommene Hypothek, zu welcher das Rechtssubjekt, welches wegen Nichtexistenz der Forderung von vornherein nicht vorhanden oder aus irgend einem Grunde später in Wegfall gekommen ist, hinzutreten muß. Durch diesen Zutritt wird die Hypothek vollendet. . . ."

Dieser Ansicht haben sich neben Ihering auch Hachenburg (Vorträge S. 524 f.) und E. J. Becker, (von den Rechten an eigener Sache S. 11 ff.) angeschlossen.

Der fast allgemeinen Ansicht, die dem subjektiven Recht Rechtsmacht als wesentlich ansieht, ist die Vorstellung eines Rechtes ohne Berechtigten, was die der aktiven Seite beraubte passive Wirkung des Rechtes in Wirklichkeit ist,[4]) nicht tragbar. Soll also eine Grundstücksbelastung angenommen werden, muß auch ein Berechtigter da sein. Und das ist der Eigentümer selbst. M. E. ist dieser aber auch bei der Eigentümerhypothek als Begünstigter eher gegeben, denn als

---

[1]) Hirschfeld S. 39

[2]) s. darüber Iherings umfangreichen Aufsatz „Passive Wirkungen der Rechte" in Iher. Jahrbuch Bd. 10 und Gesamm. Aufsätze 1882 Bd. II.

[3]) Boehm, Grundbuchrecht, S. 239 ff.

[4]) s. darüber Enneccerus Allg. Teil § 68 Anm. 8 und dort. Anführungen.

Belasteter. Er ist belastet nur wirtschaftlich, mittelbar, insofern nämlich nach § 903 BGB. sein Eigentum durch die Hypothek eingeschränkt wird; eine persönliche Leistungspflicht hat der Eigentümer ja nicht. Rechtlich ist der Eigentümer überhaupt nicht belastet, er ist nur berechtigt. Er hat gegenüber der Sache Eigentum plus Hypothek, als konkurrierende Machtpositionen.

Gierke,[1]) der wie schon oben bei der Erwähnung der Realobligationslehre horvorgehoben wurde, die Hypothek nach dem germanischrechtlichem Prinzip von Schuld und Haftung als ein Leistensollen des Eigentümers, wofür dieser nur mit seinem Grundstück haftet, kennzeichnet, stößt natürlich mit dieser Theorie bei der Eigentümerhypothek auf Schwierigkeiten. Gierke verkennt nämlich einerseits nicht, daß eine wirkliche Eigentumsbelastung besteht, andererseits eine Forderung des Eigentümers gegen sich selbst unmöglich ist. Diese Schwierigkeit zu überwinden, unterscheidet Gierke zwischen der objektiven und subjektiven Seite des Rechtsverhältnisses. Das Eigentümerpfandrecht ist ihm seinem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, der aber seinem objektiven Bestande nach in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes verstelbständig ist. Gierke begründet diese Ansicht dann weiter so: „Als subjektive Befugnis gibt die Eigentümerhypothek dem Eigentümer keine Sachherrschaft, die nicht auch schon im Eigentum enthalten wäre. Dem Eigentümer können die Befugnisse, die ein begrenztes dingliches Recht gegen den Eigentümer begründet, nicht gegen sich selbst zustehen. Dritten gegenüber erlangt er keine sachenrechtliche Macht, die er nicht auch als Eigentümer hätte. In Ansehung des subjektiven Rechtsverhältnisses besagt das Eigentümerpfandrecht nicht, daß eine Beschränkung des Eigentums besteht, sondern daß eine Beschränkung des Eigentums nicht besteht . . . Dagegen ist der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstücke gegeben. Der für ein Grundpfandrecht erforderliche Inhalt ist aus dem Eigentum herausgehoben und als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert . . . Wie bei einem in das Eigentum des Schuldners gelangten Inhaberpapier durch die Verkörperung im Papier so wird hier durch die buchmäßige Vergegenständlichung einem objektiven Schuldverhältnis Wirksamkeit verschafft,

---

[1]) Gierke Dtsch. Privatrecht II S. 922. Anders noch Puntschart S. 165/167; er konstruiert die Eigentümerhypothek als eine Haftung für eine künftige, eventuelle, vorerst nur gedachte Schuld des Eigentümers. Die dingliche Schuld wird dann eine reine Fiktion. (Siehe Strohal, Jher. Jahrb. Bd. 57, S. 265 und Hirsch, Uebertrag. d. Rechtsausübung S. 445 ff.)

während das subjektive Schuldverhältnis ruht. In ähnlicher Weise ist das Haftungsverhältnis, obschon eine Sache ihrem Eigentümer nicht haften kann, seiner zuständlichen Seite nach vorhanden."

Es ist oben schon behauptet, daß im modernen Hypothekenrechte keine Leistungspflicht des Eigentümers an sich besteht. Die Eigentümerhypothek ist nun gerade ein Probefall, an dem sich die Nichtgeltung der Realobligationstheorie und damit auch des germanisch-rechtlichen Schuld- und Haftungsprinzips für die Hypothek erweist. Hier existiert ein dinglicher Verhaftungszustand, und trotzdem ist kein Schuldverhältnis nachzuweisen. Der von Strohal, von Schwerin und von Amira[1]) hier angewandte Schuldbegriff als eines gläubigerischen Bekommensollens wird von Gierke ja nicht anerkannt. „Verneint man die Schuld, so muß man auch die Haftung verneinen". Diese Konsequenz, die Gierke selbst (Deutsches Privatrecht 2 S. 852 Anm. 9) anregt, scheint mir geboten zu sein. Auf jeden Fall ist es unrichtig, bei der Eigentümerhypothek von einem ruhenden Schuldverhältnisse zu reden; denn tatsächlich ist doch bei der Eigentümerhypothek eine wirkende Rechtsmacht zu beobachten. Das Erlöswegnahmerecht des Eigentümers vor anderen dinglich Berechtigten, die Rechte aus § 1134 BGB. gegen Fremde sind doch aktive Auswirkungen einer subjektiven Rechtsmacht, die einen Berechtigten voraussetzen.[2]) Die Theorie von Schuld und Haftung im Gierkeschen Sinne scheitert hier. Damit ist aber auch Gierkes Teilung des Hypothekenrechtes in einen subjektiven und objektiven Bestand, der nichts anderes ist als Schuld und Haftung, hinfällig. Die Natur des reinen Verwertungsrechtes wird hier evident. Im übrigen ist, wie Horn[3]) sagt, ein Recht unvorstellbar, das nach seiner subjektiven Seite Eigentum, nach seiner objektiven Seite ein Grundpfandrecht sein kann. Gierkes Ausführungen bedeuten somit keine Klärung des Wesens der Eigentümerhypothek.

Der Ansicht Gierkes hat sich unter wörtlicher Zitierung Staudinger (zu § 1177 I, 4) scheinbar angeschlossen. Staudinger verweist aber auch ausdrücklich auf Wolff, der extrem den Standpunkt vertritt, die Eigentümerhypothek sei wirkliche Grundstücksbelastung (Grundschuld), sodaß Staudingers Ansicht reichlich undurchsichtig ist.

---

[1]) siehe darüber Strohal, Iher. Jahrb. Bd. 57, S. 282 ff.
[2]) wie Anm. 1 S. 33 und Horn S. 46 ff.
[3]) Horn S. 67; Beck S. 14.

b) Abweichende Ansichten, Wertteilstheorie, Grundsatz der festen Stelle.

Die Gleichartigkeit von Gläubigerhypothek und Eigentümerhypothek ist grundsätzlich eigentlich nur in den Theorien geleugnet, die für das geltende Recht den Grundsatz der offenen oder festen Stelle (Locustheorie) gelten lassen wollen. Dieser Grundsatz der festen Stelle wird in der heutigen Doktrin in den verschiedensten Schattierungen vertreten.

Die für das frühere Recht vielfach angenommene reine Wertparzellentheorie (s. darüber bei Bruck, 1. Kap.), die nur einen realen Teil des Grundstückes von der Hypothek ergriffen glaubte, wird für das heutige Recht nicht mehr vertreten.

Als Wertteilstheorie ist sie vom Oberneck[1]) weiter entwickelt worden. In der Konstitutierung jeder Grundstücksbelastung sieht Oberneck „einen Vertrag zwischen Eigentümer und Gegünstigtem, durch welchen diesem in Form der Belastung des ganzen Grundstücks eine durch den Rang der Eintragung im Grundbuch genau bestimmte Wertquote angewiesen wird". Oberneck geht davon aus (Bd. 2, S. 7 ff.), daß jeder sein im Eigentumsrechte steckendes Verwertungsrecht in mehrere selbständige Teile zerlegen könne. Infolge der grundbuchmäßigen Aussonderung aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers könnten diese einzelnen Teile als Sondervermögen bestehen bleiben. In der Natur der Bildung dieser Art eine selbständigen Vermögensmasse liege es, daß, obwohl deren körperliches Substrat ein einheitliches Grundstück sei, der Drittberechtigte dennoch lediglich auf den ihm zur Verfügung gestellten Wert und dessen Rang zu etwa anderen verselbstständigten Werten desselben Grundstücks beschränkt bleibe. Die Gläubigerhypothek ist ihm danach: „das durch Vollstreckung in das ganze Grundstück erzwingbare Recht eines in der Eintragung bezeichneten Dritten an einem fremden Grundstücke auf den durch eine bestimmte Geldsumme und durch einen bestimmten Rang grundbuchmäßig begrenzten Grundstückswert" (S. 26). Da jeder Hypothek also nur eine genau bestimmte Wetrquote angewiesen ist, findet kein Aufrücken von Hypotheken in andere Wertportionen statt, falls eine Belastung wegfällt, sondern die so frei gewordene Wertquote kehrt zum Eigentümer als unbelastetes Eigentum zurück, da ja der in der oben geschilderten

[1]) Oberneck Grundbuchordnung II, S. 7 ff.; ebenso Soergel zu § 1163; ähnlich auch v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, S. 146: „Eigentümerhypothek ist lediglich Dispositionsvorbehalt des Eigentümers an einer bestimmten Wertquote.

Weise ausgeschiedene Wertteil nach Wegfall der Belastung wieder Bestandteil des Eigentums am Grundstücke ist. Die Eigentümerhypothek ist hiernach: „das kraft Eigentums zustehende, nicht erzwingbare Recht des Eigentümers am eigenen Grundstücke auf den in der Form einer Grundkreditbelastung der Höhe und dem Range nach bestimmten Grundstückswert mit der Wirkung seiner Entnahme aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks im Falle der Zwangsvollstreckung durch einen Dritten und mit der Wirkung der gesetzlichen Umwandlung in eine Gläubigerpost im Falle der Trennung des Eigentums von der Post". (S. 26).

Bei der Beurteilung der Oberneck'schen Theorie sei zunächst von der Frage abgesehen, ob das System fester Stellen für das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt, und nur auf die Unmöglichkeit hingewiesen, als materiellen Inhalt der Hypothek das Anrecht auf eine bestimmte Wertquote zu unterschieben. Mit Recht behaupten Dernburg (Sachenrecht S. 578), Biermann (Sachenrecht S. 548) und Güthe (GBO 2 S. 1747), daß, wenn das Grundstück durch Vorhypotheken schon ganz in Anspruch genommen ist, für die folgenden Hypotheken ein Wertteil und damit ein materieller Inhalt nicht mehr verbleibe. Oberneck entgegnet darauf, es läge im Sinne des Hypothekenvertrages daß ein entsprechend hoher Wert des Grundstücks durch die Hypothekenbestellung vereinbart sei. Abgesehen davon, daß eine solche Hypothek dann auf einer fiktiven Grundlage aufgebaut wäre, versagt diese Erklärung jedoch einerseits bei wechselndem Werte des Grundstücks, dann aber besonders für den Fall der Eintragung einer Zwangshypothek auf ein überbelastetes Grundstück. Besteht ferner einmal eine solche Hypothek, die nach objektiver Feststellung nicht mehr durch den Grundstückswert gedeckt ist, so dürfte aus ihr auch keine Zwangsvollstreckung möglich sein, da auf sie ja gar keine Wertportion mehr fällt: eine Folgerung, die offensichtlich dem geltenden Rechte nicht entspricht.

Diese Überlegungen zeigen, daß aber überhaupt der Wertbegriff einer Definition des rechtlichen Inhaltes der Hypothek nicht zugrundegelegt werden kann. Sicherlich hat die Hypothek eine geldstrebende Funktion. Aber in der langen Zwischenzeit, in welcher das Pfandrecht am Grund und Boden ruht, re integra von Wertquoten als einer präsenten juristischen Größe zu sprechen, welche gleichsam das Objekt des rechtlichen Verkehrs bilden würden, ist, wie Horn (S. 53) sagt, in dem System des Hypothekenrechtes, welches das Prinzip der festen Stelle nicht adoptiert hat, unzulässig und enthält statt juristischer Erklärung eine wirtschaftliche Umschreibung. Der Wert des Grundstücks

tritt vor durchgeführter Zwangsvollstreckung überhaupt nicht, oder nur etwa in einem Wertkalkül des Grundstücks hervor. Das hypothekarische Recht geht darauf, sich eine Summe aus dem Grundstücke zu verschaffen. Der Rang spielt dabei die Rolle einer Kollisionsnorm zwischen den gleiche Zwecke verfolgenden Rechten, dem Eigentum und anderen Belastungen.

Ungefähr den gleichen Wertbegriff wie Oberneck benutzt Bruck (S. 125). Bruck nimmt zwar Stellung gegen die Oberneckſche Theorie. Diese Gegnerschaft beruht jedoch auf einer Verkennung des Oberneckschen Wertteils.[1]) Dieser stellt nicht einen realen Teil des Grundstücks, sondern wie bei Bruck (s. S. 139) einen ideellen Wertteil vor. Auf diesen verselbständigten ideellen Wertteil des Grundstücks beschränkt sich bei Bruck die Gläubigerhypothek. Bei Wegfall des Gläubigerhypothekars soll dem Eigentümer dann die Verfügungsmacht auf den freigewordenen Grundstücks- bezw. Eigentumsteil wieder zustehen.

Etwas weniger ausgeprägt vertritt auch Beck, der zwar sowohl Obernecks und Brucks Theorie wie das System der festen Prioritäten ablehnt, eine Ansicht, die auf eine Teilung des der Hypothek zugrundeliegenden Haftungsgegenstandes ausläuft. Beck (S. 23 f.) führt etwa aus, die Bestellung einer zweiten Hypothek dürfe keine Einwirkung auf die durch die Bestellung der ersten Hypothek ihrem Gläubiger zugewiesenen Befugnisse ausüben. Das Recht des letzteren Gläubigers sei daher um den Betrag des dem Gläubiger der ersten Hypothek zukommenden Erlöses gemindert. Das Recht des Gläubigers der zweiten Hypothek erstrecke sich jedoch auf den von der ersten Hypothek mit Beschlag belegten ideellen Grundstücksteil mit, da bei Wegfall der ersten Hypothek die zweite aufrücke.

Beck will also die Hypothek auf eine gewisse Wertportion („mit Beschlag belegten ideellen Grundstücksteil") gelegt wissen, die nun zwar vermöge des gesetzlichen Anfrückungssystemes nachfolgender Hypotheken bei Wegfall einer vorderen auch für die folgenden Hypotheken hafte. Diese Überlegung ist wirtschaftlich ganz ausgezeichnet, aber sie besagt nichts über den Inhalt der Hypothek. Der Rang ist, wie schon mehrfach betont wurde, nichts der Hypothek, als subjektiver Rechtsmacht, inhaltlich eigenes, sondern nur Kollisionsnorm zwischen mehreren Rechten an derselben Sache.

Im übrigen führt Becks Theorie aber nicht einmal unbedingt zu der von ihm behaupteten Folgerung, die Eigentümerhypothek sei nur

[1]) Bruck, S. 125.

Teil des Eigentums. Beck möge selbst reden: (S. 25) „Wir haben gesehen, wie gewisse Bestandteile des Eigentumsinhaltes verselbständigt auf einen Dritten übergehen können, um in dessen Hand u. a. zu einem Pfandrecht zu erstarken. Wir haben andererseits auch wahrgenommen, daß diese Gebilde nach Aufgabe ihrer Selbständigkeit wieder das werden müssen, was sie im Zustande der Unselbständigkeit gewesen waren: Bestandteile des Eigentumsinhaltes. Trotzdem nun diesen Gebilden, sobald sie wieder im Eigentumsinhalt aufgegangen sind, wie ehemals nur Eigentumsinhalt zugesprochen werden kann, sehen wir die interessante Erscheinung, daß die formelle Aufrechterhaltung der von ihnen im Zustande der Selbständigkeit angenommenen Gestalt genügt, um auch als Eigentumsbestandteil die im Zustande der Selbständigkeit geäußerte Wirkung beizubehalten."

Hiernach beschreibt Beck doch eher, als daß er erklärt. Was ist das: formelle Aufrechterhaltung der Hypothek? Es ist oben davon ausgegangen, daß jede Hypothek Eigentumsinhalt hat, und es ist zu erklären versucht, daß dieser Eigentumsinhalt nur in der Form des dinglichen Rechtes, also als dingliches Recht selbständig bleiben kann, wenn nicht, — und das scheint mir zu Schluß von all den tiefgründigen Überlegungen von Teilung des Eigentumsinhaltes, Wertportion, ideellem Wertteil etc. über zu bleiben, — vom BGB. der Grundsatz der festen Stelle akzeptiert ist.

Der Grundsatz der festen Stelle wird von Endemann, Oberneck und Güthe vertreten.[1]) Unter dem Grundsatz der festen Stelle ist, wie Güthe und Oberneck ausdrücklich betonen, nicht die Offenhaltung der Stelle in dem Sinne zu verstehen, daß dem, für welchen die Offenhaltung der Stelle geschieht, nur die Befugnis verbleibe, über sie zu verfügen, die Stelle sonst aber offenstehe, sondern „das materiell-rechtliche Prinzip, daß der Hypothekengläubiger an den durch die Eintragung festgestellten Rang gebunden bleibt. M. E. ist dieses Prinzip des festen Ranges im BGB. nicht durchgeführt. Durch die Einrichtung der Eigentümerhypothek ist praktisch zwar in den meisten Fällen bewirkt, daß die Hypothek an einen bestimmten Rang gebunden bleibt, jedoch scheinen mir die Bestimmungen der §§ 1172, 1173, 1174, 1175, 1179, 1181 BGB. und weiter die Tatsache, daß es garkeine nicht durch Hypothek ausgefüllte feste Stellen gibt, eher auf das Gegenteil hinzudeuten. Güthe faßt aber diese Bestimmungen als Ausnahmen auf.

---

[1]) Endemann, Sachenr. S. 733 ff.; Oberneck Bd. 2 S. 6 ff.; Güthe Bd. 2 S. 1845; Güthe, Grundlagen S. 89 ff.

Oberneck ist der Ansicht, daß das System der festen Stelle unmittelbar zur Wertparzellentheorie führe. Ich bin geneigt, gleicher Ansicht zu sein. Betrachten wir dazu, wie Güthe sich das Wesen der Hypothek an sich vorstellt. Er führt aus,[1]) die oben vertretene Werteaneignungstheorie stelle nur die Wirkung des Hypothekenrechtes, nicht aber dessen Wesen dar; sie lasse nicht erkennen, welches Wesen das Recht habe, bevor es in der Zwangsversteigerung ausgeübt werde. Zu dieser Erkenntnis sei die Unterscheidung von Substanz- und Wertrechten von Bedeutung. Während der Inhalt der Substanzrechte sich ohne weiteres aus der Sachherrschaft ergebe, die sie vermittelten, würden die Wertrechte, wenn man ihren Inhalt lediglich darin sehen wolle, inwieweit sie den Wert der Sache ergreifen, in die Rolle von dinglich gemachten Forderungsrechten herabgedrückt werden. Dadurch würde eine Verquickung von Obligationen- und Sachenrecht herbeigeführt werden, zu der das BGB. keinerlei Berechtigung gebe. Daraus folge, daß der Inhalt der Wertrechte sich nicht nur in dem Rechte, gegebenenfalls den geschuldeten Wert aus der Sache herauszuziehen, erschöpfe, sondern daß die Rechte auch zu der Sache selbst in rechtlichen Beziehungen stehen müßten. Diese Beziehung würde durch den Grundsatz der Rangordnung vermittelt. Güthe schreibt dann weiter: „Jedes dingliche Recht, also auch jedes Wertrecht, erhält der Sache d. h. der Gesamtheit von rechtlichen Bestandteilen gegenüber, die ihr durch das Gesetz verliehen sind, einen bestimmten Rang. Dieser grenzt nicht nur die Befugnisse des Rechtes gegenüber anderen an der gleichen Sache bestehenden Rechten ab, sondern regelt auch das Rechtsverhältnis zwischen dem dinglichen Rechte und dem Eigentümer. Dem Eigentümer verbleibt nur, was nicht durch dingliche Rechte in Anspruch genommen wird". Zur Veranschaulichung wählt Güthe folgendes Bild: Man solle an den vier Ecken eines quadratischen Grundstückes vier Pfähle einschlagen. Zwischen diese vier Pfähle lege sich das als Würfel vorgestellte dingliche Recht. Das nächste Recht, gleichfalls als Würfel vorgestellt, lege sich über zwei Querleisten, die je zwei Pfähle miteinander verbinden, und so weiter, so daß über dem ganzen Grundstück eine aus Würfeln gebildete Säule entstehe. „Durch dieses Bild wird veranschaulicht die Beziehung, in der sich jedes dingliche Recht zum Grundstück und Eigentume verhält. Es handelt sich dabei um eine Inhaltseigenschaft des Rechtes. Denn aus der Rangsäule und dem Platz, den jedes Recht einnimmt, ergibt sich der Umfang

[1]) Güthe GBO, Bd. 2 S. 1845 ff.

der einzelnen Rechte und ihr Verhältnis zum Eigentum und anderen Rechten." Güthe entwickelt seine Ansicht über die Eigentümerhypothek dann so weiter, daß er sagt, wo ein Würfel (hier Gläubigerhypothek) weggenommen werde, entstehe ein Hohlraum, der wieder durch Eigentum ausgefüllt werde. Eigentümerhypothek ist für Güthe dann das Eigentum in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle.

Güthes Bild ist sehr anschaulich. Durch die Konstruktion seiner Säule hat er schon vermieden, daß die über den weggenommenen Würfel stehenden Würfel nachrutschen können.

Aber was bedeutet eigentlich der feste Rang? Güthe sagt, der Rang schaffe eine feste Beziehung zur Sache. Welcher Art ist diese Beziehung? Güthe zählt nun nur Beziehungen zu Rechten, Eigentum und anderen dinglichen Rechten auf. Das läuft aber doch auf die oben schon mehrfach behauptete Bedeutung des Rangs als einer reinen Kollisionsnorm, als einer Regel für die Ausübung kollidierender Rechte heraus, wie sie Hirsch behauptet, auf den sich Güthe (Bd. 2 S. 1846) unverständlicher Weise bezieht. Rang ist Kollisionsnorm und hat als solche mit dem inneren Wesensgehalt der Rechte nichts zu tun, sondern gibt diesem nur ein Verhältnis zu anderen subjektiven Rechten. Als Beziehung zur Sache ist eine Rangordnung aber nur so denkbar, daß irgendwelche konkreten oder ideellen Teile der Sache rangmäßig, d. h. in bestimmter Reihenfolge erfaßt werden, erst dieser Teil, dann jener Teil. Rang von Rechten, auf die rechtliche Beherrschung eines Gegenstandes selbst bezogen, führt notwendig zu einer Teilung, realen oder ideellen, des Gegenstandes. Güthes Auffassung läuft damit notwendig auf die von Oberneck oder Bruck vertretene Wertparzellentheorie hinaus. Für diesen Fall will Güthe seine Theorie selbst aufgegeben wissen. Mit der Ablehnung der Theorie von der festen Stelle entfällt dann aber überhaupt die Möglichkeit, Eigentum in seiner Gebundenheit an einer bestimmten Rangstelle vorzustellen. Die Eigentümerhypothek ist also ein dingliches Recht, nach der früheren Beweisführung eine echte Hypothek des Eigentümers.

III. Die Rechtsnatur der Höchstbetragshypothek.

1. Die bisher vertretenen Ansichten.

Die fast allgemeine Ansicht hat sich nun entschlossen, die Höchstbetragshypothek bis zum Moment der Feststellung der Forderung entweder als eine Gläubigerhypothek oder aber als eine Eigentümerhypothek aufzufassen. Beide Ansichten scheinen mir falsch zu sein.

a) Die Höchstbetragshypothek ist bis zur Feststellung der Forderung Eigentümergrundschuld.

Die heute herrschende Ansicht geht davon aus, daß die Höchstbetragshypothek vorläufige Eigentümergrundschuld sei.[1]) Es soll nun zunächst nur untersucht werden, was für ein rechtliches Gebilde unter diesem Namen Eigentümerhypothek erscheint.

Oben ist festgestellt, daß die Eigentümerhypothek eine wirkliche Grundstücksbelastung und wesensgleich einer Gläubigergrundschuld oder Hypothek ist. Die Eigentümerhypothek gewährte darum auch, mit Ausnahme der im § 1197 BGB. bezeichneten Hemmungen dem Eigentümer sämtliche Rechte, die eine Gläubigerhypothek dem Gläubiger bietet. Wenn wir nun irgendeine Rechtserscheinung mit Recht Eigentümerhypothek nennen wollen, wird sie dem Eigentümer gleichfalls alle Hypothekenrechte mit der bestimmten Ausnahme gewähren müssen.

In Gegensatz zu der Eigentümerhypothek, die im Sinne der jetzt behandelten Schriftsteller als endgültige Eigentümerhypothek figuriert, wird die vorläufige Eigentümerhypothek gebracht. Einen ersten Fall der vorläufigen Eigentümerhypothek findet man[2]) in § 1163, II. normiert. Hier ist bestimmt, daß die Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes dem Eigentümer zusteht. Diese Vorschrift hängt mit der Bestimmung des § 1117 BGB. zusammen, nach welcher der Gläubiger die Hypothek erst mit der Übergabe des Briefes erwirbt. Ob nun der Eigentümer den Brief übergibt oder nicht, liegt noch ganz in seiner Hand. Er allein hat Macht darüber zu bestimmen, ob ein Gläubigerrecht entsteht oder nicht. Der Gläubiger mag höchstens einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung der Post haben, irgendwelche dingliche Berechtigung hat er nicht erworben. Es ist darum logisch und praktisch gerechtfertigt, daß § 1163 Abs. 2 BGB, dem Eigentümer die Hypothek einräumt. Er ist ja der wirklich Berechtigte, der die Befugnis aus der Hypothek noch vollkommen in der Hand hält. Ich finde deshalb, daß diese vorläufige Eigentümerhypothek sich von der endgültigen Eigentümerhypothek höchstens in dem Sinne unterscheidet, daß geplant ist, diese Eigentümerhypothek dem Gläubiger zu übertragen. Das ist aber eine Tatsache, die über das Wesen des Eigentümergrundschuldrechtes nichts bekundet.

---

[1]) So Wolff, Sachenr. § 153 III, Planck zu § 1190, 6a, § 1163, 3a; Endemann, Sachenr. § 131 Nr. 2; Staudinger zu § 1190 Anm. 1; Reinhard, Recht 1918, S. 219 ff.; Ahsbahs Jher. Jahrb. 50, S. 390 ff. Bergk S. 124 ff. Hirsch, Arch. f. bürg. R. 25 S. 235 ff. RGR-Komm. zu § 1190 Anm. 1; RG 75; S. 250, 51. S. 72 und 274; 97 S. 226; 106, S. 82; KG. 45 S. 290.

[2]) Planck zu § 1163 Bem. 5; Hirsch. Arch. f. bürg. Recht 50. S. 248.

Ganz anders ist die Rechtslage bei der vorläufigen Eigentümerhypothek, die bei der Höchstbetragshypothek oder der Hypothek des § 1113 Abs. 2 BGB. gegeben sein soll. Hier liegt es im allgemeinen nicht mehr in der Hand des Eigentümers, ob eine Forderung des eingetragenen Berechtigten und damit eine Hypothek für diesen entsteht. Eine dingliche Anwartschaft des Gläubigers ist schon entstanden.[1]) Das wird auch allgemein nicht verkannt. So erklärt Gierke. (Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 926): „Ebenso entsteht die wegen einer künftigen oder aufschiebend bedingten Forderung eingetragene Hypothek zunächst als Eigentümergrundschuld. Allein diese Eigentümergrundschuld ist, solange die Entstehung der Forderung möglich oder die Bedienung in der Schwebe ist, zugunsten der anwartschaftlichen Gläubigerhypothek, für die sie den Platz offen hält, gebunden, und geht nur dann, wenn die Nichtentstehung der Forderung gewiß wird, oder die Bedingung ausfällt, in eine endgültige Eigentümergrundschuld über. Das gleiche Verhältnis einer bis zur Erledigung des Schwebezustandes gebundenen Eigentümergrundschuld begegnet, wie schon oben gezeigt, bei der Höchstbetragshypothek." Ähnlich erklärt Staudinger (zu § 1190 1): „Erst wenn diese Feststellung (der Forderung) getroffen wird und sich daraus ergibt, daß eine den Höchstbetrag erreichende Forderung weder entstanden ist, noch entstehen kann, steht dem Eigentümer eine vollwirksame Grundschuld zu." Es wird also eine vorläufige Eigentümergrundschuld der endgültigen als eine nicht vollwirksame gegenübergestellt.

Was ist nun an der vorläufigen Eigentümerhypothek nicht vollwirksam? Betrachten wir zunächst den wesentlichen Inhalt der Eigentümergrundschuld: das Erlösaneignungsrecht in der Zwangsvollstreckung. Das hat nun der vorläufige Eigentümerhypothekar schon nicht, mindestens ebensowenig wie der Gläubiger vor Feststellung der Forderung.

Nach der herrschenden Auffassung[2]) kann das Rechtsverhältnis auf Grund dessen die Feststellung der Forderung erfolgen soll, auch nach der Versteigerung und Erlösverteilung in der Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden, wenngleich auch praktisch die Feststellung der Forderung meistens bis zum Verteilungstermine erfolgt sein wird.[3]) Bei

---

[1]) s. Planck zu § 1163 Anm 5.

[2]) s. Jäckel-Güthe ZVG. zu § 114 Anm. 6; Hirsch, Arch. f. bürg. Recht 25, S. 345; Kretzschmar Z. Bl. f. freiw. Ger. 15, S. 42; Güthe II S. 1706; Lafrenz Gruchot Bd. 46, S. 335 ff; abweichend, jedoch ohne Begründung und Verweisung; Staudinger zu § 1190 Bem. 1; ferner Planck zu § 1190, 6 a am Schluß.

[3]) s. aber § 1133 BGB. und den Fall, daß ein anderer Hypothekengläubiger Zwangsvollstreckung betreibt. Im Falle des § 1133 BGB. würde ein endgültiges Auseinanderfallen der Höchstbetragshypothek in Eigentümergrundschuld

Nichtfeststellung der Forderung ist dann gemäß § 120 ZVG. entweder der auf die Höchstbetragshypothek entfallende Betrag für Eigentümer und Gläubiger unter entgegengesetzten Bedingungen zu hinterlegen, oder es ist beiden die Forderung gegen den Ersteher unter entsprechenden Bedingungen zu übertragen.[1]) Was man nun auch für eine der zahlreichen Theorien über die in der Zwangsversteigerung erlöschenden dinglichen Rechte zu Grunde legt, eine Erklärung für diese Umwandlung des nach der gerade behandelten Ansicht behaupteten ausschließlichen Eigentümerrechtes läßt sich nicht finden. Läßt man nach dem Surrogationsprinzip sich die Rechte am Versteigerungserlös fortsetzen, oder, läßt man das Pfandrecht sich umwandeln in ein Forderungrecht gegen den Ersteher, oder ein Pfandrecht an dieser Forderung, oder in einen öffentlich-rechtlichen Anspruche gegen den Staat, so ist die nach § 120 ZVG. getroffene Ordnung zwar eine selbstverständliche, garnicht anders mögliche Ordnung, aber sie findet, wenn man ein ausschließliches Eigentümerrecht zu Grunde legt, nicht die allermindeste juristische Erklärung oder Begründung. Legt man z. B. die Surrogationstheorie zugrunde, so müßte der auf die Höchstbetragshypothek fallende Erlös Eigentum des Eigentümers des versteigerten Grundstückes sein. Nach den anderen Theorien müßten Forderungen oder öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat dem Eigentümer ausschließlich zustehen, und dem Hypothekengläubiger könnte daran höchstens ein Pfandrecht eingeräumt sein.

Diese Regelung in der Zwangsversteigerung läßt m. E. erkennen, daß der Eigentümer das Erlöswegnahmerecht in der Zwangversteigerung garnicht hat. Auch Hirsch sagt, daß davon bestimmt keine Rede sein könne.[2]) Fehlt aber dieser wichtige Inhalt, dieser wesentlichste Inhalt, der Zweckinhalt der Hypothek, liegt dann überhaupt noch eine Hypothek vor! Der Eigentümer ist nun weiter auch in der Verfügung über seine angebliche Eigentümerhypothek in allem beschränkt. Was nun diese Beschränkungen

---

und Gläubigerhypothek direkt das Gegenteil des mit § 1133 BGB. gewünschten Erfolges, größerer Sicherung der zukünftigen Forderung, bedeuten. Im übrigen wäre der Korruption Tür und Tor geöffnet, insofern der mit einer Höchstbetragshypothek unbequem belastete Eigentümer einen vorhergehenden befreundeten Hypothekengläubiger veranlassen könnte, Zwangsvollstreckung zu betreiben, um damit die Hoffnung des bedingten Gläubigers auf Sicherung durch eine demnächstige Hypothek grund- und entschädigungslos zu vereiteln. Siehe darüber Eichler S. 89 ff.

[1]) so Jäckel (s. Anm. 1) auch Herold, Z. f. fr. Ger. Bd. 4, S. 699, der die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek verficht: „Im Zwangsversteigerungsverfahren gelten beide dinglichen Rechte aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages im Sinne von § 14 ZVG." s. auch Eichler S. 96.

[2]) Hirsch Arch. f. bürg. Recht 25 S. 243.

anbetrifft, so mögen sie ihre gute Begründung in §§ 161, 892 BGB. finden.[3]) Aber daß das Erlöswegnahmerecht des Eigentümerhypothekars in der Zwangsversteigerung beseitigt ist und die ganze Höchstbetragshypothek umgewandelt wird in Rechte, die für beide bedingt, aber nicht auflösend und aufschiebend, sondern beiderseits aufschiebend bedingt sind, stimmt nicht mit der Behauptung einer ausschließlichen, wenn auch auflösend bedingten Eigentümergrundschuld überein. Was der Inhalt der vorläufigen Eigentümerhypothek sein soll, denn ein Recht muß doch einen Inhalt haben, darüber setzt sich die ganze Theorie sehr unbekümmert hinweg. Nur Hirsch behandelt die Frage eingehender.[4]) Er findet, daß die endgültige Eigentümerhypothek scharf zu scheiden sei von der vorläufigen Eigentümerhypothek und führt aus: bei der vorläufigen Eigentümerhypothek trete uns das Phänomen entgegen, daß ein in der Entstehung begriffenes Recht (die in der Höchstbetragshypothek steckende Gläubigerhypothek) schon vor Vollendung seines gesetzlichen Tatbestandes Wirkungen äußere (S. 238). Dieses in der Entstehung begriffene Recht des Gläubigers habe den Inhalt einer dinglichen Anwartschaft, als des absoluten Rechtes auf Erwerb der Hypothek zu vollem Recht. (S. 142). Eine gleiche Anwartschaft, nämlich auf Erwerb der vorläufigen Eigentümerhypothek als einer endgültigen, habe auch der Eigentümer, und diese Anwartschaft bilde den alleinigen Inhalt der voläufigen Eigentümerhypothek. Ich vermag nun auch keinen anderen Inhalt der vorläufigen Eigentümerhypothek zu erblicken als diese Anwartschaft und erlebe mit Hirsch das Wunder: „Das Gesetz legt dieser Anwartschaft den stolzen Namen Eigentümerhypothek bei und bezeichnet ausdrücklich den Eigentümer als ihr Subjekt. (§ 1163 1, 1 und 2)". (S. 244).

Der Schluß von Hirsch ist nun tatsächlich wunderlich, aber ich glaube nicht, daß das Gesetz zu diesem Schluß nötigt. Hirsch beruft sich auf § 1163, I, 1 (§ 1163 Abs. II fällt weg, da ja, wie oben dargetan ist, die Eigentümerhypothek des § 1163 Abs. II ganz verschiedengeartet ist gegenüber der sogenannten vorläufigen Eigentümerhypothek des § 1163 Abs. 1 BGB). Mit der grammatikalen Auslegung des § 1163 I, 1 BGB ist nun viel Mißbrauch getrieben.

---

[1]) Anwendung des § 161 für die conditio juris bestritten, siehe darüber weiter unten.

[2]) Hirsch Arch. f. bürg. R. 25, S. 222; Oertel S. 73 spricht wohl, ähnlich wie Hirsch, von „gebundener Eigentümerhypothek."

Die einen[1]) meinen, die Vorschrift habe den Sinn, eine Eigentümerhypothek bestehe, *solange* nicht die Forderung zur Entstehung gelangt sei. Ich finde aber mit Ahsbahs,[2]) daß diese Auslegung grammatisch sicher zu weit geht. Schon eher im Sinne der gesetzlichen Fassung liegend, halte ich die Auslegung, daß eine Eigentümerhypothek entsteht, *erst wenn* feststeht, daß eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Es wäre dann das Nichtentstehen der Forderung Voraussetzung für das Entstehen der Eigentümerhypothek.[3]) Auf jeden Fall kann aus § 1193 I, 1 BGB kein Beweis dafür hergeleitet werden, daß die Höchstbetragshypothek bis zur Feststellung einer Forderung Eigentümergrundschuld ist.

Der tiefer liegende Grund für die Theorie von der ursprünglichen Eigentümergrundschuld ist auch in Schwierigkeiten zu finden, welche die praktische Anwendung der früher herrschenden ursprünglichen Gläubigertheorie in Konkurs, Zwangsversteigerung und Zwangsvollstreckung bot;[4]) ferner in Schwierigkeiten, die der Annahme einer ursprünglichen Gläubigerhypothek wegen der für das heutige Recht doch geltenden Akzessorietät der Hypothek entgegentraten. Ob diese Bedenken gerade zur Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld verpflichteten, sei unten bei der Behandlung der ursprünglichen Gläubigerhypothek geprüft. Jedenfalls ist die Konstruktion einer vorläufigen Eigentümerhypothek doch sehr gewagt, da die vermeintliche Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek gar keinen anderen materiellen Inhalt hat als den einer Anwartschaft. Will man aber etwas als Eigentümerhypothek behandeln, so muß doch der gleiche Rechtsinhalt wie bei der Eigentümerhypothek vorhanden sein, und das ist hier nicht der Fall.

Die Anwartschaft steht, wie ja auch Hirsch sagt, übrigens in gleicher Weise dem Gläubiger wie dem Eigentümer zu. Stellen wir uns vor, daß das Grundstück vor Feststellung einer Gläubigerforderung veräußert wird, so sind die Rollen zwischen früherem Eigentümer und Gläubiger sogar ganz gleich. Beide haben, da der Anspruch auf die endgültige Eigentümerhypothek ja beim bestellenden früheren Eigentümer bleibt, als echte Gläubiger Anwartschaft auf die Hypothek. Wenn die Anwartschaft des früheren Eigentümers nun eine Grundschuld

---

[1]) z. B. Wolff § 145 I, 1; auch Hirsch Arch. f. bürg. Recht 25, S. 235 RG 51, S. 45.

[2]) Ahsbahs, Iher. Jahrb. 50, S. 395 f.

[3]) s. Sternberg Iher. Jahrb. 62 m S. 440 f., S. 403 f.; Biermann zu § 1190, 4b); Kretzschmar Z. f. freiw. Ger. Bd. 15, S. 39; Bd. 11, S. 716; Eichler S. 57; Werner S. 18; RG 51, S. 117.

[4]) Ahsbas Iher. Jahrb. 50 S. 395 ff.; Hirsch, Arch. f. b. Recht, 25, S. 235, ff.; Sternberg Iher. J. 62 S. 483.

sein soll, warum nicht auch die Anwartschaft des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek? Beide bedeuten ja als Berechtigung an der Sache genau dasselbe: Anwartschaft. Diese verschiedene Behandlung, welche den beiden Anwartschaften zuteil wird, deckt nun aber auf, was die „vorläufige Eigentümergrundschuld" in Wirklichkeit ist: ein Verlegenheitsfüllsel ohne Inhalt, das mit einer wirklichen Eigentümerhypothek nichts zu tun hat. Aber weiter, ist es überhaupt erlaubt, dieser Anwartschaft des Eigentümers einfach den entstellenden Namen Eigentümerhypothek zu geben? Und diese Frage deckt wieder eine Methode auf, die nicht zu billigen ist: Der Begriff der Eigentümerhypothek ist in der deutschen Jurisprudenz, wie Sternberg, Beck, Horn und Biermann ähnlich tadeln, zu einem konstruktiven Allheilmittel geworden, nach welchem, wenn dem Gläubiger ein materielles Hypothekenrecht fehlt, dem Eigentümer ausnahmslos eine Eigentümerhypothek zusteht. Solch ein Verfahren ist in dem Falle der Höchstbetragshypothek und der Hypothek des § 1113 Abs. II BGB bestimmt nicht zulässig, da wie ich glaube dargetan zu haben, der Eigentümer vor Feststellung der Forderung oder Eintritt der Bedingung garnicht die Rechte eines Eigentümerhypothekars, vor allem nicht dessen wichtigstes Recht das Erlöswegnahmerecht, hat.

b) Die Höchstbetragshypothek ist bis zur Feststellung der Forderung Gläubigerhypothek.

Wie schon erwähnt, werden außer der Bestimmung des § 1163 I, 1 BGB positive Gründe für das Bestehen einer Eigentümergrundschuld vor Feststellung der Forderung nicht angeführt, und ihre Begründung liegt mehr in der rein negativen Ableugnung der Möglichkeit und Praktibilität der Annahme, daß die Höchstbetragshypothek bis zur Feststellung der Forderung eine Gläubigerhypothek sei. Ich glaube nun zwar auch, daß eine solche Ansicht[1]) der Lage der Dinge nicht gerecht wird.

Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich zunächst auf eine grammatikalische Auslegung des § 1163 I, 1 BGB. Diese Auslegung hat nun zwar insofern Recht, als aus der Fassung des § 1163 I, 1 BGB zu lesen ist, daß eine Eigentümerhypothek erst dann entsteht,

---

[1]) Diese Ansicht wird vertreten von Dernburg, Sachenrecht § 243 Nr. 8; Biermann zu § 1113 Bem. 3a; § 1190, 4b; Crome zu § 484, II, Güthe zu § 22 Anm. 14 ff.; Oberneck II S. 404, 408; Eichler S. 40 Kretzschmar Z. f. fr. Ger. 11, S. 714 ff.; Bd. 14, S. 603 f. Bd. 15, S. 37, ff.; Sternberg Jh. J. 62, S. 377; RG 51, S. 118; 55, 217, 61, 41; KG 35, 319; OLG. 26, S. 198.

wenn feststeht, daß keine Gläubigerhypothek entstanden ist. Eine unbefangene Auslegung des Gesetzeswortlautes „ist eine Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu," muß dieses aus der perfektivischen Fassung des Bedingungssatzes folgern.[1]) Aber haben wir diese Feststellung, so ergibt sich doch nicht, daß die Höchstbetragshypothek bis zu diesem Zeitpunkte, in welchem sie Eigentümerhypothek werden kann, voll dem Gläubiger zusteht. Diese Folgerung wird durch die Fassung des § 1163 I, 1 keineswegs auferlegt.

Zum Beweise für die ursprüngliche Gläubigerhypothek führt man ferner an, daß bei der Hypothek die Rechtslagerung doch ähnlich sei, wie beim Pfandrecht an beweglicher Sache. Hier ist nun in § 1204 BGB. parallel zu § 1113 Abs. II BGB. bestimmt, daß das Pfandrecht auch für eine künftige und bedingte Forderung bestellt werden kann. Der Pfandgläubiger an beweglicher Sache für eine bedingte und zukünftige Forderung hat nun das Recht auf den Besitz, den Rechtsschutz gegen jedermann (§§ 1227, 1007 BGB.), das Recht nach § 1219 BGB. und die Rangstellung nach § 1209 BGB.[2]) Man glaubt diese Rechte nur als Ausfluß des bestehenden Pfandrechts nehmen zu können und berechtigt zu sein, daraus einen Analogieschluß für die gleiche Situation bei der Hypothek ziehen zu können.[3])

Es ist bei den allgemeinen Erörterungen über das Wesen der Hypothek die Tatsache festgestellt, daß das Sachenrecht sich des Besitzes und der Buchform als korrespondierender Formelemte bedient. Es sind dabei der Besitz und die Vorschriften der §§ 1227, 1007 BGB[4]) der Bucheintragung und den Vorschriften der §§ 1134, 1135 BGB. gegenübergestellt als verschiedene Ausdrucksformen für die gleichen Funktionen. Diese Funktionen haben nun für den Bestand des Pfandrechts rein defensive Bedeutung. Aber folgt aus dem Vorliegen der defensiven Funktionen des Rechts schon der vollständige Bestand des Rechtes, können diese Defensivfunktionen nicht ein Teil der Vorwirkungen eines Rechts sein, das noch nicht vollständig existiert, etwa erst eine Rechtsanwartschaft ist?[5])

Die auffallendste Erscheinung solcher Vorwirkungen eines Rechtes

---

[1]) s. auch noch RG 55, S. 220
[2]) Planck zu § 1204 Bem, 2b.
[3]) Biermann zu § 1190 Bem. 4b; Sternberg, Jher. J. 62, S. 377.
[4]) § 1209 und § 1219 BGB sind gleichzubeurteilen.
[5]) Siehe dazu auch Oertmann, conditio juris, S. 190; auch er bestreitet, daß bei dem Pfandrecht an beweglicher Sache für eine zukünftige Forderung vor Entstehung der Forderung ein Pfandrecht des Gläubigers vorliegt.

begegnet bei den §§ 160, 161 BGB., die ja verschiedentlich auf den Fall des § 1113 II oder § 190 BGB. zu Konstruktionszwecken angewendet werden.[1]) In den §§ 160, 161 BGB. wird die Anwartschaft dessen, der aus einem bedingten Geschäft ein Recht erwerben soll, geschützt gegen Beeinträchtigungen durch tatsächliche Handlungen oder Verfügungen des Geschäftsgegners.[2]) Der Schutz der Anwartschaft wird darüber hinaus auch wohl auszudehnen sein auf ein Schadenersatzrecht gegen dritte Personen gemäß § 823 Abs. I BGB., wenn diese den Gegenstand, auf den sich die Anwartschaft bezieht, während des Schwebens der Bedingung schuldhafterweise beschädigt oder vernichtet und dadurch das bedingte Recht betroffen haben.[3]) Solche Vorwirkungen eines erst in der Entstehung begriffenen Rechtes sind vielfach zu beobachten. Bis zur Vollwirkung des Vertrages gibt es z. B. eine ganze Reihe von Gebundenheiten der Vertragspartei.[4]) Bei bloßer Einigung über den Eigentumsübergang ist ein Aneignungsrecht des Erwerbes anzunehmen. Näher kann hierauf jedoch nach dem der Arbeit gesteckten Rahmen nicht eingegangen werden.

Für die Fälle bedingter Geschäfte ist weiter zu verweisen auf die Bestimmungen § 256 ZPO, wonach der bedingt Berechtigte unter Voraussetzung des § 259 ZPO auf Feststellung klagen kann,[5]) auf §§ 916 II, 935 ZPO, wonach zur Sicherung bedingter Ansprüche Arrest und einstweilige Verfügung angeordnet werden können.

Aus all diesen Vorschriften ist zu lesen, daß demnächst entstehende Rechte schon vor ihrem endgültigen Bestande geschützt sein sollen, daß Rechte schon vor ihrem endgültigen Bestande Vorwirkungen zum Schutze ihrer späteren Wirksamkeit ausüben können.

Andere als solche Schutzwirkungen, Defensivwirkungen, sind aber auch beim Pfandrecht an beweglicher Sache für eine künftige oder bedingte Forderung nicht zu beobachten. Beim Pfandrecht besteht die wesentliche Aktivwirkung in der Veräußerung zum Zwecke der

---

[1]) Es ist strittig, ob die analoge Anwendung des § 161 BGB auf die Rechtsbedingung, um die es sich in unserem Fall handelt, erlaubt ist. Siehe darüber einerseits Oertmann, Rechtsbedingung, S. 155; andererseits Sternberg S. 455; Oertel S. 86. Auf die Entscheidung dieser Frage kommt es hier nicht an. Es wird ja nur aus dem Vergleich mit § 161 BGB geschlossen, daß Vorwirkungen eines Rechtes möglich sind. Daß es sich aber bei §§ 1209 etc. BGB um Vorwirkungen eines erst noch entstehenden Pfandrechts handelt, wird aus der Struktur der Pfandrechte für eine bedingte Forderung gefolgert.

[2]) s. dazu auch Oertmann conditio juris S. 190.

[3]) Enneccerus Allg. Teil S. 504; Dernburg, Allg. Teil § 154 II, 4; Oertmann zu § 823 Bem. 3h; Biermann zu § 81 Anm. 3e.

[4]) v. Tuhr II, S. 19 ff., S. 222, S. 487, III S. 392.

[5]) so v. Tuhr, III S. 293; Stein, ZPO zu § 259 Erl I; Enneccerus Allg. Teil § 185 Anm. 11.

Befriedigung.[1]) Für diesen Inhalt haben die Bestimmungen der §§ 1227, 1007, 1219, 1209 BGB. reine Schutzwirkung. Zu betonen ist vielleicht besonders, daß auch der § 1219 BGB. keinen anderen Inhalt hat; denn der nach dieser Bestimmung zulässige Verkauf des Pfandes geschieht ja nur zum Schutze der demnächstigen Befriedigungsmöglichkeit.

Ganz analog liegen die Verhältnisse bei der Hypothek. Als Schutzwirkungen bestehen hier Bucheintrag, damit Rangwahrung und und die Befugnisse aus §§ 1133, 1134, 1135 BGB. Diese Befugnisse müssen auch dem bedingten Hypothekengläubiger zustehen, da ja sonst der Gläubiger einem böswilligen Eigentümer gegenüber schutzlos wäre. Dieser könnte beliebig das Grundstück verschlechtern oder verschlechtern lassen und so den Gläubiger um seine schönen Hypothekenaussichten bringen.[2])

Ich bin nun der Ansicht, daß die Existenz eines vollgültigen, wenn auch auflösend bedingten Gläubigerrechts nicht aus dem Vorliegen der defensiven Befugnisse des Rechtes zu folgern ist. Denn können diese gesamten Defensivwirkungen sowohl für Hypothek wie Pfandrecht an beweglicher Sache nicht auch Vorwirkungen des Rechtes sein? Nach den analogen Bestimmungen über die Vorwirkungen entstehender Rechte, dann näher über die Wirkungen von dinglichen Anwartschaften glaube ich zu dieser Ansicht einerseits berechtigt[3]), aber nach der Rechtslage auch genötigt zu sein. Denn ein Gläubigerhypothekenrecht besteht noch garnicht; es besteht nur eine Anwartschaft.

Ich möchte zum Beweis hierfür zunächst auf den Fall hinweisen, der schon oben mehrfach behandelt ist, nämlich, daß der die Höchstbetragshypothek bestellende Eigentümer das Grundstück vor Feststellung einer Forderung verkauft hat. Jetzt stehen der frühere Eigentümer und der Gläubiger dem Grundstücke gleich fremd gegenüber und haben zum Schutze ihrer künftigen Rechte ganz gleich die Bestimmungen der §§ 1134, 1135 nötig; denn das zukünftige Recht des füheren Eigentümers kann in gleicher Weise durch schädigende Einwirkungen betroffen werden, wie das des Gläubigers. Ich glaube darum, neben dem

[1]) s. genau Ihering, Iher. Jahrb. Bd. 10, S. 483.

[2]) So besonders Eichler S. 40 ff., dessen ganze Beweisführung für die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek sogar auf der Notwendigkeit, daß dem Gläubiger diese Schutzrechte zustehen müßten, ruht. Ebenso Kretzschmar Z. f. fr. Ger. Bd. 14, S. 603; Bd. 15 S. 39.

[3]) siehe über die „dinglichen Gebundenheiten in spezieller Hinsicht auf die Entstehung künftiger Rechte" Ihering in Iher. Jahrb. Bd. 10, bes. Kap. B S. 458 bis 580; Windscheid-Kipp § 89 besonders Anm. 13a; Oertel S. 72 ff.; Oertmann conditio juris § 13 bes. S. 124 f.

Gläubiger auch dem früheren Eigentümer die Rechte aus §§ 1134, 1135 BGB. zusprechen zu müssen. Hieraus folgt schon grundsätzlich, daß die Schutzbestimmung der §§ 1134, 1135 BGB. Wirkung einer Anwartschaft sein können muß; denn daß die Höchstbetragshypothek dem Gläubiger und dem Schuldner, jedem als Recht vollinhaltlich zustände, ist ausgeschlossen.

Oben ist die Inhaltslosigkeit des Begriffs „vorläufige Eigentümerhypothek" hervorgehoben worden. Ich finde, daß die dort angestellten Erwägungen in gleicher Weise auf die vor Entscheidung über das endgültige Recht des Gläubigers bestehende Gläubigerhypothek Anwendung zu finden haben, Aus den oben zu § 121 ZVG. gemachten Ausführungen folgt der Nichtbestand des Befriedigungs oder Erlöseaneignungsrechtes des Gläubigers.

Wie sollte dieses auch bestehen können? Welchen Inhalt sollte es haben? Hierzu wird nun auch allgemein keine Stellung genommen. Wohl wird erklärt, die vorläufige Gläubigerhypothek habe einen materiellen Inhalt, Aber welchen materiellen Inhalt sie hat, vergißt man entweder zu sagen (so Beck S. 49), oder man begnügt sich damit, zu erklären, die Geltendmachung dieses materiellen Rechtes sei gehemmt. (So Sternberg S. 410/415). Aber welches der materielle Inhalt der Hypothek ist, wird nicht gesagt. Wahrscheinlich stellt Sternberg sich vor, daß es das Recht ist, sich zu dem angegebenen Höchstbetrage aus dem Grundstück zu befriedigen. Das ist aber, wie aus der bei der Eigentümerhypothek ausführlich erörterten Behandlung der Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung folgt, und wie auch die nachfolgenden Erörterungen weiter ergeben werden, auf keinen Fall möglich. Das Recht hat noch keinen positiven Inhalt,[1]) und kann darum nicht als Vollrecht, als vollendetes Hypothekenrecht, angesehen werden.

Im allgemeinen wird auch lediglich gelehrt, daß durch § 1113 II der Geltungsbereich der Hypothek erweitert und aus den Grenzen

---

[1]) so auch Horn S. 82 unten. Er sagt unter Bekämpfung der Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek: „Es gibt eben Fälle, bei welchen solange die Bedingung noch schwebt, welche der Forderung gesetzt wurde, eine rechtswirksame Gläubigerhypothek noch nicht vorliegt, ohne daß aber deshalb eine interimistische Eigentümerhypothek bestehen müßte." Gleichwohl behauptet er dann auf den nächsten Seiten, daß die Hypothek dem Gläubiger zustände. Aber als was denn? Als eine noch nicht rechtswirksame Hypothek? Aehnlich OLG 26, S. 188: „Allerdings entsteht das volle Hypothekenrecht mit seinen Funktionen erst mit der Forderung. . . . . aber die Entstehung einer auch nur bedingten Eigentümerhypothek vor der endgültigen Abrechnung oder der Beendigung des Rechtsverhältnisses hat deshalb der Gesetzgeber nicht gewollt." ähnlich auch Oertel S. 68.

strenger Akzessorietät herausgehoben wäre[1]), eine Hypothek könne für eine bedingte oder künftige Forderung existieren.

Wie weit für das BGB. der Grundsatz der Akzessorietät Gültigkeit hat, soll hier nun nicht im einzelnen untersucht werden. Es ist durchaus anzuerkennen, daß die Hypothek ohne Forderung existieren kann. (§ 1138 BGB.), daß ihr Bestehen als reine hypothekarische Belastung vom Bestehen einer Forderung unabhängig ist (§§ 1163, 1177, 1185 BGB.)[2]) Aber ohne zu dem Streit über die Weite der Akzessorietät irgendwelche Stellung zu nehmen, kann wohl nicht bestritten werden, daß die Hypothek nach ihrem Wesen zur Entstehung als eine Gläubigerhypothek an eine Forderung angegliedert sein, auf eine Forderung Bezug haben muß.[3]) Das hypothekarische Recht des Gläubigers bestimmt sich ja in allen Teilen nach der Forderung (§ 1113 Abs. I BGB.) Ist also noch keine Forderung vorhanden, so kann auch das Hypothekenrecht nicht bestimmmt werden. Daran hindern auch die wirklich anzuerkennenden und durchaus sachgemäßen Ausführungen Dernburgs nichts, der mit erfrischender Undogmatik ausführt, (Pfandrecht I S. 520): „Wir sind weit entfernt, den akzessorischen Charakter des Pfandrechts irgendwie zu leugnen. Worin aber liegt dessen Wesen und Eigentümlichkeit? Sicher nur darin, daß es dem Zwecke einer Forderung ausschließlich dient, daß es mit Erreichung dieses Zieles erlischt. Aber die Wege, die es zu diesem Zwecke einschlägt, sind selbständige, die Mittel eigentümliche. Daher hindert nichts, daß es dem Hauptrecht zu dessen besseren Dienste zeitlich vorausgeht. Eine entgegengesetzte, äußerst formalistische Ansicht schwächt das akzessorische Recht zum Schaden des Hauptrechtes, das ja gerade umso mehr geschützt ist, je früher das Pfandrecht ins Leben tritt und datiert. Und indem so dem Buchstaben nach der dienende Geist gewahrt wird, wird er dem Geiste nach verleugnet". Der Vorbestand des Pfandrechts ist sicher eine zu begrüßende Tatsache. Aber diese Tatsache kann doch, da der Inhalt des Pfandrechtes durch die Forderung bestimmt wird, das Forderungsrecht nur im Wege der Rückwirkung

---

[1]) Biermann zu § 1113 Anm. 3a; § 1190 Anm. 8b; Sternberg S. 416; Güthe zu § 22 Anm. 14.

[2]) s. über die verschiedenen Auffassungen hierüber Staudinger zu § 1113 I, 2; Planck Vorbem. zu § 1113 2a; Wolff § 132 I.

[3]) Die Ansicht, daß die Höchstbetragshypothek hafte, „nicht sowohl für eine ziffernmäßige Forderung, wie vielmehr für das Schuldverhältnis, wegen dessen dem Gläubiger die Hypothek bestellt wird (Kretzschmar zu § 1190 Bem. 6a) und darüber Beck S. 39, 40 und Oertel S. 65 f.), wird heute, soweit ich sehe, nicht mehr vertreten. Sie widerspricht dem Wesen der Hypothek, als Sicherungsmittel einer Forderung.

auch den Inhalt des Pfandrechts bestimmen lassen. Vorher ist ja noch alles unbestimmt, Existenz der Forderung sowohl wie Höhe der Forderung. Man kann doch nicht dem Gläubiger einer Höchstbetragshypothek von 10000 Mk., welcher dadurch zu sichernde Forderungen nur in Höhe von 1000 Mk. erworben hat oder je erwerben wird, die Hypothek bis zum vollen Betrage zusprechen. Das ist einfach Unfug, entbehrt freilich darum jeder sachlichen Bedeutung, weil man dem Gläubiger im Moment, wo man ihm das Recht erteilt, auch erklärt, daß er das Recht nicht ausüben dürfe.

Will man so nicht vorgehen, welches Recht will man als Inhalt des Hypothekenrechtes dem Gläubiger sonst geben? Das ist natürlich nicht zu beantworten. Aber aus dieser Verlegenheit folgt, daß das Hypothekenrecht des Gläubigers noch garnicht besteht. Das Pfandrecht kann ohne Bestand der Forderung keinen Inhalt haben, da sein Inhalt erst bestimmt wird durch den Inhalt der Forderung. Im Sinne einer schon früheren Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung kann im Rahmen des deutschen Hypothekenrechtes nur ein rein formales Hypothekenrecht mit dem Inhalte einer dinglichen Anwartschaft, als des absoluten Rechtes auf Erwerb der Hypothek zu vollem Rechte, geschaffen sein.[1]) Dieses Anwartschaftsrecht ist aber keine Hypothek.

Daß eine Gläubigerhypothek bis zur Feststellung der Forderung in vollem Höchstbetrage nicht bestanden hat, bezeugt schließlich m. E. auch die Tatsache, daß manche Anhänger der Theorie[2]) von der ursprünglichen Gläubigerhypothek dem Entstehen der Eigentümerhypothek rückwirkende Kraft beilegen. Ich werde weiter unten zwar einen ähnlichen Standpunkt vertreten, aber ich halte es für unlogisch, dem Gläubiger das Hypothekenrecht bis zur Feststellung der Forderung zuzusprechen, und nach Ausfall der Forderung zu erklären, es habe zur selben Zeit dem Eigentümer zugestanden. Zweien dasselbe Recht zur selben Zeit ganz zu geben, ist unmöglich. Darum liegt in der Zuteilung der Eigentümergrundschuld mit rückwirkender Kraft eine Negation des Bestandes des Vorderrechtes.[3]) Bei Bestand des Vorderrechtes eine dingliche rückwirkende Kraft anzunehmen, ist unlogisch.

---

[1]) so Hirsch Arch. f. bürg. Recht Bd. 25, S. 241.

[2]) Güthe Bd. I § 22 Anm. 15; Sternberg S. 440 ff.; Biermann zu § 1190 Bem. 4b; Beck S. 46 ff.; siehe auch RG Bd. 55, S. 220, wenn es annimmt, daß die Eigentümerhypothek trotz Eigentümerwechsel dem bestellenden Eigentümer zusteht. Siehe darüber näher Mayer bei Gruchot Bd. 56, S. 52 und Oertel S. 68 ff.

[3]) s. Windscheid-Kipp § 225 Anm. 7 Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 238

Ich glaube nach diesen Ausführungen, was ja auch von Vertretern der behandelten Ansicht zugegeben wird,[1]) feststellen zu können, daß gleich dem Eigentümer auch dem Gläubiger ein vollwirksames Hypothekenrecht nicht zusteht. Ob dem Eigentümer oder dem Gläubiger ein solches Recht zusteht, entscheidet sich erst später. Bestimmend dafür ist das Entstehen oder Nichtentstehen einer Forderung. Erst nach diesem Zeitpunkte steht jedem das Recht, sich aus der Sache wegen eines bestimmten Betrages zu befriedigen, zu oder nicht zu. Vorher hat jeder nur eine Anwartschaft darauf, somit nur eine bedingte Hypothek bezw. Grundschuld. Hiermit ist die Rechtslage natürlich nicht aufgeklärt. Dazu sind weitere Ausführungen nötig. Aber es sei hier festgestellt: Spricht man dem Eigentümer und dem Gläubiger nur diese Anwartschaften zu, so befindet sich die theoretische Konstruktion in idealer Uebereinstimmung mit der praktischen Berechtigungslage für Eigentümer und Gläubiger. Die Anwartschaft ist der beste Ausdruck ihrer tatsächlichen Machtstellung vor Feststellung der Forderung. Bei Annahme von Anwartschaften wird auch die Erlöswertung in der Zwangsversteigerung für den Fall der Fortdauer des Schwebezustandes geklärt. Der Erlös wird ja dem Eigentümer und dem Gläubiger so zugeteilt, daß jeder eine Anwartschaft auf eine entsprechende Forderung erhält, (siehe oben S. 35/36).

2. Eigene Ansicht.

a) Darlegung der eigenen Ansicht.

Die Höchstbetragshypothek ist eine unbedingte hypothekarische Belastung des Grundstücks. Das folgt aus der Fassung des § 1190 BGB. und der Bestimmung des § 1163 I, 1 BGB.: eine Grundstücksbelastung für eine garnicht existierende Forderung kann nicht unbedingter sein als die für eine demnächst entstehende Forderung. Daß die Höchstbetragshypothek eine unbedingte Grundstücksbelastung ist, ist auch allgemeine Ansicht.[2]) Das steht natürlich in einem Widerspruch zu der vorher aufgestellten Behauptung, weder dem Eigentümer noch dem Gläubiger stände eine wirksame Hypothek zu; denn wie schon bei der Erörterung der von Ihering inspirierten Theorie über die Eigentümerhypothek als eine bloße dingliche Gebundenheit des Grundstücks betont wurde, ist eine Belastung nur denkbar, wenn ein Rechtssubjekt daraus berechtigt ist. Die oben sowohl dem Gläubiger, wie dem

[1]) Sternberg S. 412.
[2]) s. Nachweisungen darüber bei Planck § 1190 Bem. I, 1.

Schuldner allein zugestandene, die Sache dinglich bindende Anwartschaft kann eine solche Berechtigung nicht sein, da sie ja nur die Vorwirkung des künftigen Rechtes ist.

Die Sachlage ist also die: Das Recht an sich ist da; es ist dagegen zweifelhaft, wem es zusteht. Insofern macht das Recht nach seiner subjektiven Seite einen Schwebezustand durch, während sein objektiver Bestand gewiß ist. Eine solche Rechtslage ist nicht unbekannt. Man spricht dann von pendenten Rechten. Diese finden in der Pendenztheorie zutreffende Erklärung.[1])

Die Pendenztheorie hat ihre Bedeutung einerseits im Bereiche der rechtsgeschäftlichen Bedingung. Mit Einführung des BGB. und dessen Verbot dinglicher Rückwirkung hat sie hier aber ihre Bedeutung verloren. Sie hat aber auch heute noch Bedeutung bei der sukzessiven Verwirklichung rechtlicher Tatbestände, wenn der rechtliche Tatbestand an sich erfüllt ist, und nur noch eine Entstehungsbedingung oder Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtes fehlt, im Falle der conditio juris.

Wirksamkeitsvoraussetzung einer Gläubigerhypothek ist, wie oben ausgeführt wurde, die Entstehung der Forderung, Wirksamkeitsvoraussetzung der Eigentümergrundschuld der Wegfall der Forderung. In dem Falle der Höchstbetragshypothek sind nun sämtliche Entstehungsvoraussetzungen für die Gläubigerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld mit Ausnahme der Entstehung oder Nichtentstehung der Forderung eingetreten. Dieses Ereignis, Entstehung oder Nichtentstehung der Forderung, ist mithin conditio juris für das Entstehen der Gläubiger- bezw. Eigentümerhypothek.[2])

Der Pendenztheorie hat deren bedeutendster Vertreter Enneccerus folgende Umrisse gezeichnet: „Steht ein Erfordernis der Rechtsentstehung noch aus, und ist dessen Eintritt noch ungewiß, so läßt die Rechtsordnung gleichwohl das Recht bisweilen schon jetzt entstehen, aber nur für den Fall, daß jenes Erfordernis (später) eintritt. Dem (in Wahrheit entscheidenden) Erfordernis wird also nur deklaratorische Bedeutung beigelegt. Tritt es ein, so soll (nach dem Willen der Rechtsordnung)

---

[1]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 232 ff.; Allge. Teil § 75 und dort nähere Anführungen.

[2]) Die Bedeutung der Entstehung oder Nichtentstehung der Forderung als conditio juris der Gläubiger- bezw. Eigentümerhypothek wird von allen Schriftstellern anerkannt, aber je nachdem, welcher Theorie sie anhängen, nur einseitig. Die Anhänger der ursprünglichen Eigentümertheorie lassen die Entstehung der Forderung conditio juris für die Entstehung der Gläubigerhypothek, die Anhänger der ursprünglichen Gläubigertheorie im Gegenteil Nichtentstehung der Forderung conditio juris für die Entstehung der Eigentümerhypothek sein. s. neuestens Oertmann conditio juris S. 18 und Raape JW 1927 S. 24.

klar werden, daß das Recht schon früher vorhanden war; wird es vereitelt, so soll klar werden, daß das Recht überhaupt nicht vorhanden gewesen ist. Einstweilen aber soll ein Schwebezustand vorhanden sein, ein Zustand der objektiven Ungewißheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtes". Enneccerus hat diese Theorie eingehend aus den römischen Quellen entwickelt. Er knüpft vor allem an L. 43 § 2 D., de a. r. d. 41, 1 (Gaius). Hier ist der Fall behandelt, daß ein Sklave, der im Nießbrauche eines anderen steht, eine Sache auf Kredit kauft und sich übergeben läßt. Da ist nun ungewiß, ob die Sache dem Eigentümer oder dem Nießbraucher gehört. Sie gehört seit dem Übergang auf den Sklaven dem Eigentümer oder dem Nießbraucher, je nachdem aus wessen Mitteln später die Sache bezahlt wird.

Die Pendenztheorie ist heute noch sehr umstritten. In Breite kann auf das Problem nicht eingegangen werden. Eingewandt ist gegen die Theorie vor allem logische Unmöglichkeit: ein Recht könne nicht als ungewisses und doch für den Fall, daß der ungewisse Umstand eintrete, schon jetzt vorhandenes gedacht werden. Dieser Einwand ist wohl mit Recht zurückzuweisen. Ein Recht ist keine objektive Tatsache, sondern nur ein Denkvorgang, eine gedankliche Beziehung, und „warum soll ich mir dann nicht denken können, daß A schon jetzt Eigentümer der Sache ist, falls das noch fehlende Tatbestandsmoment eintritt, dagegen, falls es nicht eintritt, er nie Eigentümer gewesen ist".[1]) Die logische Möglichkeit solcher Rechtsformung wird auch von Gegnern der Pendenztheorie anerkannt.[2])

Ist die logische Möglichkeit der Pendenztheorie gegeben, so bleibt zu fragen übrig, ob sie Einführung in das geltende deutsche bürgerliche Recht gefunden hat, und ob sie auf den Fall der Höchstbetragshypothe angewandt werden kann. Die Angriffe gegen eine konsequente Durchführung der Pendenztheorie im bürgerlichen Recht wenden sich dagegen, daß in den meisten Fällen in der Schwebezeit bis zum Eintritt des noch fehlenden Tatbestandsstückes „ein bestimmter, nur von der Möglichkeit der Rückwirkung bedrohter Rechtszustand" bereits vorliegt[3]) oder daß die Pendenztheorie zuweitgehende Folgerungen nach sich ziehe.[4]) Das mag der Fall sein, und ich will einer allgemeinen Anwendung der Pendenztheorie nicht das Wort reden, aber ich glaube,

---

[1]) Siehe Enneccerus Allg. Teil § 75, Anm. 6. Phillippsborn bei Gruchot 1920, S. 12 f.

[2]) Oertmann, conditio juris S. 19; v. Tuhr II § 43 Anm. 100; Windscheid-Kipp § 49 Anm. 2; Zitelmann Internat. Privatrecht I S. 188.

[3]) v. Tuhr II § 43 V.

[4]) Oertmann, conditio juris S. 19 ff.

daß die Eigenart der Höchbetragshypothek zur Erklärung ihres Wesens die Annahme der Pendenztheorie geradezu herausfordert.

Bei der Höchstbetragshypothek ist die Lage insofern eigenartig, als die Existenz der Belastung seit dem Zeitpunkte der Eintragung und dinglichen Einigung absolut gewiß ist. Nur die Frage nach der Person des aus dieser Belastung Berechtigten ist ungewiß. Diese Frage ist alternativ gestellt, entweder ist es der Eigentümer oder der eingetragene Gläubiger. Aus dieser Gewißheit der Belastung und der damit erforderlichen Existenz eines aus der Belastung Berechtigten, (ein Erfordernis, das wegen der alternativen Stellung der Berechtigungsfrage auch erfüllt ist), ist die Notwendigkeit und logische Berechtigung der Anwendung der Pendenztheorie zu schließen. Das Recht ist ja da, es ist nur zweifelhaft, wem von zweien es zusteht. Für einen solchen Fall „objektiv ungewissen alternativen Rechtszustandes" will auch v. Tuhr,[1]) sonst ein Gegner der Pendenztheorie, diese angewandt wissen. Enneccerus[2]) nennt die alternativ ungewisse Rechtszuständigkeit als typischen Fall der Pendenz eines Rechtsverhältnisses.[3])

Unmittelbare Folgerung der Pendenztheorie ist natürlich allgemeine Zurückbeziehung des entstehenden Gläubiger- wie Eigentümerrechtes auf den Zeitpunkt der Eintragung und Einigung über die Bestellung der Höchstbetragshypothek.

Diese Zurückbeziehung selbst hat im Gesetz mannigfachen Ausdruck erhalten. So bestimmt § 1163 I, 1 BGB. ausdrücklich, daß die Hypothek, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zusteht. Betrachtet man demgegenüber die Fassung der §§ 1163 I 2, 1163 II in Verbindung mit 1117 I BGB., so ist aus der auffallenden Verschiedenheit des Gebrauchs der Ausdrücke „zustehen" und „erwerben" zu folgern, daß das Gesetz mit dieser Verschiedenheit des Ausdrucks eine Verschiedenheit der Vorgänge hat kennzeichnen wollen. „Erwerben eines Rechtes" ist eine Ausdrucksfassung, welche auf die Zukunft deutet, während der Ausdruck „ein Recht steht zu" zeitlose, also auch auf die Vergangenheit bezügliche Bedeutung hat. In Übereinstimmung damit läßt man denn auch fast allgemein den Eigentümer z. Zt. der Eintragung der Hypothek und war mit Wirkung von diesem Zeitpunkte an die nach Feststellung der Forderung auf ihn entfallende Eigentümerpost erwerben.[4]) Für die Gläubigerhypothek

---

[1]) v. Tuhr II, § 43, V.
[2]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 236.
[3]) s. dazu auch Windscheid-Kipp § 49 Anm. 2; Biermann Allg. Teil § 32, 4.
[4]) s. besond. Sternberg S. 440 ff.; Beck S. 33 f; Güthe § 22 Anm. 4.

ist die Rückbeziehung daraus zu folgern, daß das Gesetz einerseits im § 1113 II BGB. eine Hypothek für eine künftige und bedingte Forderung anerkennt und andererseits nirgendwo bestimmt, daß die nach Eintritt der Forderung festbestimmte Gläubigerhypothek bis zur Feststellung der Forderung dem Eigentümer zugestanden haben soll.[1])

Die Richtigkeit dieser Rückbeziehung bezeugt weiter der Umstand, daß sie nach geltendem Recht auch eintreten müßte, (wenigstens wenn man der ursprünglichen Gläubigertheorie folgt), wenn etwa eine Hypothek bestellt würde für eine Forderung, welche alternativ bedingt, entweder dem einen oder dem anderen Gläubiger zustände. Eine Hypothek soll zwar nach fast allgemeiner Ansicht nicht alternativ für den einen oder anderen Gläubiger eingetragen werden können, aber für den Ausschluß der Eintragung gelten keine materiellen Erwägungen, sondern Gründe formeller Art, Zwecke der Buchführung.[2]) Solch einer Eintragung würde mithin materiell-rechtliche Wirkung zukommen.[3]) Im Fall der Eintragung einer solchen Hypothek ließe sich nun doch auch garnichts anderes denken, (wenigstens für die Anhänger der ursprünglichen Gläubigertheorie), als daß das in der Person des einen oder des anderen Gläubigers mit Eintritt der entscheidenden Bedingung entstehende Hypothekenrecht diesem von Anfang an, also rückwirkend zugestanden hat. Das ist im Falle einer Verkehrshypothek, (die ja wenn auch formell fehlerhaft, so hätte eingetragen sein können), umso mehr erforderlich, als die Frage der Haftung des Grundstückes für Zinsen von der Frage nach der Entstehung der Hypothek abhängt. Wenn für die gesicherte Forderung schon von Begründung des Schuldverhältnisses ab Zinsen gezahlt werden sollten, soll die Hypothek etwa für die in der Zeit bis zur Entscheidung, ob die Hypothek diesem oder dem anderen Gläubiger zusteht, aufgelaufenen Zinsen nicht haften?

Der Existenz der Gläubigerhypothek vor Entstehung der Forderung — — denn das wird ja mit der Rückwirkung behauptet — — wird widersprochen unter Berufung auf die akzessorische Natur der Hypothek. Akzessorietät der Hypothek bedeutet, wie oben festgestellt wurde, daß

---

[1]) s. darüber z. B. Güthe § 22 Anm. 14 und die übrigen Vertreter der ursprünglichen Gläubigertheorie.

[2]) so Predari § 48 Anm. 7; Güthe § 48 Anm. 5; OLG Bd. 7, S. 196 (Kammergericht).

[3]) s. Güthe und Predari wie in Anm. 2 Oberneck II S. 114; Planck zu § 873 IV, 4b; abweichend OLG Bd. 25, S. 382, welches aus dem Erfordernis der Bestimmtheit des Gläubigers (§ 1115 BGB) die materielle Unwirksamkeit einer solchen Eintragung folgern will. Nach § 1115 BGB wird aber Bestimmbarkeit des Berechtigten als genügend angesehen werden müssen; so auch die oben genannten.

das Hypothekenrecht für die Zwecke der Forderung da ist. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß wenn keine Forderung zu stande kommt, nie eine Hypothek bestanden haben kann; aber daraus folgt nicht, daß die Hypothek nicht der Sicherung einer zukünftigen Forderung dienen könne. Im Falle der Höchstbetragshypothek ist die zukünftige Forderung nach Betrag und Bestand gänzlich unbestimmt, das hypothekarische Recht muß aber auch nach Bestand und Betrag bestimmt sein. Das ist aber bis zur Entstehung der Forderung nicht möglich und aus diesem Grunde ist das Gläubigerrecht pendent. Es kann ja vorkommen und es ist sogar meistens so, daß für den Gläubiger keine oder nur eine geringe Forderung entstanden ist; dann kann für den Gläubiger nie eine Hypothek oder nur eine geringere Hypothek als der eingetragene Betrag auswies, bestanden haben, da ja ohne eine Forderung nie von einer Hypothek die Rede sein kann. Ist nun aber die Forderung bestimmt worden, so ist nicht einzusehen, warum jetzt nicht festgestellt werden kann, daß die Hypothek doch existent war seit der Eintragung.[1]) Daß diese Vorstellung nicht nur logische Berechtigung,[2]) sondern auch Zweck hat, kann nicht verkannt werden. Für die Rangstellung, überhaupt den unverletzbaren Bestand des Rechtes ist zwar durch die Zuerkennung der defensiven Befugnisse des Rechtes an seinen Anwärter gesorgt worden, aber die Frage des ursprünglichen Bestandes des Rechtes ist, wie weiter unten zu erörtern sein wird, von vielfacher praktischer Bedeutung.

Nach diesen Ausführungen möchte ich den Inhalt und das Wesen der Höchstbetragshypothek definieren:

> Die Höchstbetragshypothek ist eine unbedingte hypothekarische Belastung des Grundstückes, wobei das Recht aus der Hypothek dem Gläubiger als Gläubigerhypothek oder dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld von der Bestellung der Hypothek ab, ganz oder zum Teil unter der für beide Parteien entgegengesetzten Bedingung zusteht, ob eine Forderung festgestellt wird oder nicht. Vor dieser Feststellung steht sowohl dem Gläubiger, wie dem Eigentümer nur eine Anwartschaft, jedoch auf rückwirkenden Erwerb des Rechtes zu. Aus der Anwartschaft

---

[1]) s. Eisele Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 50, S. 305; Beck S. 51, letzt. Abs.

[2]) Oertmann (conditio juris S. 119) meint, wenn die Hypothek doch schon vor dem Pfandrechte mit rechtswirksamer Kraft begründet werden könnte, dann sei eben für den Begriff der Rechtsbedingung kein Raum. Oertmann folgert daraus die Unmöglichkeit der Rückwirkung. — Nun ist es doch in allen Fällen der Rechtsbedingung so, daß ohne Hinzutritt des bedingten Ereignisses das Recht nicht bestehen kann. Dann müßte Oertmann aber jegliche Rückwirkungsmöglichkeit bei der Rechtsbedingung leugnen. Das tut er jedoch keineswegs.

folgt eine dingliche Gebundenheit des Grundstückes zugunsten des Eigentümers und des Gläubigers und daraus die Verleihung der defensiven Befugnisse des Grundstückspfandrechts an jeden von ihnen.

b) Aehnliche Ansichten und Formulierungen.

Die hier vertretene Anwendung der Pendenztheorie auf die Höchstbetragshypothek ist schon in anderer Weise von Güthe und Beck versucht worden. Beide nehmen freilich schon vor Entstehung der Forderung eine Gläubigerhypothek an. Güthe macht jedoch die Einschränkung:[1]) „Ergibt sich später, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder daß die aufschiebende Bedingung ausgefallen ist, so ist von Anfang an keine Gläubigerhypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld und zwar eine echte unbedingte Eigentümergrundschuld vorhanden gewesen. Es stehen also nicht . . . . zwei Rechte nebeneinander, nämlich vorläufige Eigentümergrundschuld und endgültige Gläubigerhypothek, sondern nur ein Recht ist vorhanden, entweder eine endgültige Gläubigerhypothek oder eine endgültige Eigentümergrundschuld. . . . Es handelt sich hier um einen ähnlichen Schwebezustand, wie er im Erbrechte durch die Möglichkeit der Ausschlagung einer Erbschaft oder die Notwendigkeit der Genehmigung einer staatlichen Aufsichtsbehörde zum Erbschaftserwerbe begründet wird. Das Wesen solcher Schwebezustände besteht darin, daß ein Rechtszustand solange aufrecht erhalten wird, bis es möglich ist, den Beweis seines Nichtbestehens zu führen." Ganz ähnlich sind die Ausführungen Becks,[2]) auf den sich Güthe ausdrücklich bezieht.

Nun halte ich zunächst Güthes Fassung dahin, das der Schwebezustand durch eine Beweisfrage bedingt sei, nicht für opportun. Das betont zu sehr lediglich die prozeßrechtliche Erledigung des Schwebezustandes. Materiell liegt eine Bedingung vor: Entstehung oder Nichtentstehung der Forderung.

Güthe und Beck gehen im übrigen von einer Variierung der Pendenztheorie aus, die Eenneccerus kennzeichnet als „Pendenz der Rechte mit provisorischer Regelung."[3]) Die Zuerkennung der Höchstbetragshypothek an den Gläubiger hat doch nach Güthe rein provisorische Bedeutnng, im übrigen ist ihm das Recht aber pendent. Wenn, wie es oben geschehen ist, die Höchstbetragshypothek aufgefaßt wird, als

[1]) Güthe § 22 Anm. 14.
[2]) Beck S. 45/52.
[3]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 238; Allg. Teil § 75, 3.

ein festes unbedingtes Recht mit nur entgegengesetzt bedingter alternativer Rechtszuständigkeit, ist eine solche provisorische Regelung unnötig und nur verwirrend. Für Beck und Güthe ist es freilich anders. Für sie ist die Eigentümerhypothek nur Eigentumsparzelle, also ein Recht, das vom Hypothekenrecht artverschieden ist. Für sie handelt es sich um die Frage: Besteht Eigentum oder Gläubigerhypothek? Für sie ist die von Anfang an geschehende Zuerkennung des Gläubigerrechtes Ausdruck dafür, daß kein freies Eigentum mehr vorliegt. Würden sie sagen: ein Gläubigerrecht besteht nicht, müßten sie eben anerkennen, daß Eigentum existiert. Für sie ist tatsächlich die Frage gestellt, entweder Gläubigerrecht oder Eigentum. Nach der oben eingehend entwickelten Ansicht über den Inhalt des Gläubiger- und Eigentümerhypothekenrechtes liegt aber in beiden Fällen ein gleichgeartetes Recht an der Sache vor. Dieses kann, nach dem es konstituiert ist, unter entgegengesetzten Bedingungen dem einen oder dem anderen zugesprochen werden, und muß es, weil eben noch keine subjektive Beziehung existiert, sondern „ein objektiv ungewisser alternativer Rechtszustand, der durch die rückwirkende Tatsache (Entstehung oder Nichtentstehung der Forderung) nachträglich entschieden wird".[1])

An der Auffassung, daß Eigentümerhypothek und Gläubigerhypothek etwas artverschiedenes bedeuten, scheint mir bisher die Behandlung der Höchstbetragshypothek gekrankt zu haben. Dieses immer wiederkehrende: entweder — oder, entweder Eigentümerhypothek oder Gläubigerhypothek, ist sonst kaum erklärlich. Ist eine Höchstbetragshypothek rechtswirksam zustande gekommen, besteht eine feste Grundstücksbelastung, welche den Inhalt hat, bis zu dem Höchstbetrage Geld aus dem Grundstück zu ziehen, und aus dieser Belastung ist der Eigentümer oder der Gläubiger berechtigt, — wer? — das ist eben schwebend. Aus diesem Grunde ist oben so ausführlich versucht worden, Inhalt und Wesen von Eigentümerhypothek und Gläubigerhypothek darzulegen. Hat man deren Wesen als inhaltlich gleiche Rechte mit nur verschiedener subjektiver Zuständigkeit erfaßt, ergibt sich m. E. die hier entwickelte Ansicht von selbst.

Das mag auch aus folgenden Formulierungen verschiedener Schriftsteller ersehen werden, deren Ansichten von der hier vertretenen Theorie abweichen.

So erklärt Oberneck[2]): „In den Fällen der §§ 1113 Abs. II 1184, 1190 BGB. wird durch die Eintragung der Bedingung oder

[1]) v. Tuhr I § 43. V S. 24.
[2]) Oberneck II Bd. § 115 S. 32.

der Befristung, bezw. durch den Charakter der Sicherungshypothek grundbuchmäßig klargestellt, daß der bedingten Gläubigerhypothek eine entgegengesetzt bedingte Eigentümerhypothek gegenübersteht." Trotzdem Oberneck hier den bedingten Charakter des Gläubigerrechtes bis zur Feststellung der Forderung betont, spricht er gleichwohl[1]) die Hypothek bis zu diesem Zeitpunkte dem Gläubiger zu. Er meint, daß dieses so geschehe, weil die Höchstbetragshypothek nach § 1163 I, 1 BGB. erst dann zur Eigentümergrundschuld werde, „wenn und soweit festgestellt ist, daß die aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsende Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibt". M. E. kann Oberneck zu dieser Ansicht nur gekommen sein, weil er, wenn er kein Gläubigerrecht annahm, eben annehmen mußte, daß nach wie vor unbelastetes Eigentum, eine Wertparzelle, vorliegt; denn diese Wertparzelle hat ja nach Oberneck immer als Berechtigten den Eigentümer; warum sollte sie ihn verlieren, wenn ein anderer nur eine Anwartschaft darauf erwarb?

Herold[2]) erklärt: „In der Hypothek des § 1113 Abs. II BGB. ist eine gleich ihrer Forderung bedingte oder befristete eigentliche Gläubigerhypothek enthalten. Neben dieser aber und mit ihr vereint, nach außen hin abgegrenzt, steht eine gleichfalls, aber entgegengesetzt bedingte oder befristete Eigentümergrundschuld." Herold nimmt dann freilich die Eigentumerhypothek als gegenwärtig und nur auflösend bedingt ohne jede nähere Begründung, trotzdem er kurz darauf an derselben Stelle (S. 699) erklärt: „Im Zwangsversteigerungsverfahren gelten beide dinglichen Rechte als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages im Sinne von § 14 ZVG."

Im Gedanken genau gleich der hier vertretenen Ansicht in der Formulierung freilich außerordentlich abweichend aber auch verwirrend, ist die Ansicht Hirsch's.[3]) „Auch die Höchstbetragshypothek ist, soweit Forderungen aus dem zu sichernden Rechtsverhältnisse jeweils nicht entstanden sind, Eigentümerhypothek. Dies ist aber eine ganz besonders geartete Eigentümerhypothek ohne Surrogationsbefugnis. Sie verleiht ihrem Subjekt nur eine Anwartschaft auf Erwerb einer endgültigen Eigentümerhypothek. Der Hypothekengläubiger erwirbt schon während der Schwebezeit eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek zu vollem Rechte." Also der Gläubiger hat nur eine Anwartschaft, aber auch der Eigentümer hat nur eine Anwartschaft. Die Anwartschaft des

[1]) ebenda § 158, S. 408.
[2]) Herold Zeitschr. f. fr. Ger. Bd. 4, S. 696.
[3]) Hirsch, Arch. f. bürg. R. Bd. 25, S. 248.

Eigentümers nennt freilich Hirsch, wundergläubig dem Gesetz vertrauend,[1]) Eigentümerhypothek. Einen anderen Sinn, als wie Hirsch darlegt, kann nun aber auch die vorläufige Eigentümerhypothek nicht haben, man stelle sich denn auf den Standpunkt, daß die Eigentümerhypothek keine wirkliche Hypothek ist, daß sie nur unbelastetes Eigentum, Wertteil oder Wertparzelle ist. Dann freilich hat die vorläufige Eigentümerhypothek den materiellen Inhalt einer Eigentümerhypothek. Denn, da noch kein fremdes Hypothekenrecht, sondern erst eine Anwartschaft darauf entstanden ist, liegt eben nach wie vor unbelastetes Eigentum, ein nicht von fremden Recht ergriffener Wertsteil oder eine Wertparzelle vor. Nimmt man aber die Eigentümerhypothek als echte Grundstücksbelastung, als Recht, sich einen Wert aus dem Grundstück zu verschaffen, so ist das Recht hierauf für den Eigentümer wie für den Gläubiger aufschiebend bedingt, in schwebender Zuständigkeit.

B. Ergebnisse.

Ich glaube mit der oben entwickelten Ansicht über den Inhalt der Höchstbetragshypothek rechtsdogmatisch wie praktisch ein günstigeres Ergebnis zu erlangen, als die übrigen oben erörterten und abgelehnten Theorien. Die Auffassung, daß bis zur Feststellung der Forderung nur eine Anwartschaft für Gläubiger wie Eigentümer besteht, entspricht ausgezeichnet der wirklich bestehenden Machtlage. Der Gläubiger, wie der Eigentümer haben ja erst mit Feststellung der Forderung das Recht, sich aus dem Grundstücke zu befriedigen. Vorher haben sie nur eine Anwartschaft darauf. Mit dieser Feststellung, die ja auch versteckt vielfach anerkannt wurde, ist aber das Schemenhafte und saftlose Gebilde einer „vorläufigen Gläubigerhypothek oder vorläufigen Eigentymergrundschuld“ entlarvt, denn was nur eine Anwartschaft auf eine Hypothek oder Grundschuld ist, ist eben nicht eine Hypothek oder Grundschuld.

Aus der Existenz der Anwartschaft aber folgt, wie oben auseinandergesetzt wurde, die Zuerkennung der defensiven Befugnisse des Rechtes an jeden Anwartschaftsberechtigten, Eigentümer und Gläubiger. Besonders die §§ 1133, 1134 und 1135 BGB. boten bis jetzt in

---

[1]) siehe oben S. 37.

ihrer Zuerkennung an Gläubiger und früheren Eigentümer Schwierigkeiten. Nach den bisher behandelten Theorien galten sie als Auswirkungen des Vollrechtes[1]), konnten also nur dem Eigentümer oder dem Gläubiger zustehen. Das hat fatale Wirkungen, wenn das Grundstück inzwischen veräußert ist, und nunmehr der aus der demnächstigten Eigentümerhypothek berechtigte frühere Eigentümer dem Grundstück genau so fremd gegenübersteht wie der Gläubiger. Zum Schutze ihrer Rechtsanwartschaft haben beide die Defensivbefugnisse des Rechts gleich nötig. Stellt man sich, wie es bisher geschah, auf den Standpunkt, daß sie nur Auswirkungen des Vollrechts sind, ist nur die unbefriedigende Lösung denkbar, daß die Defensivbefugnisse entweder dem Gläubiger (so herrschende Ansicht) oder dem früheren Eigentümer abgehen.

Die hier vertretene Theorie ergibt ohne weiteres, daß die aus der Höchstbetragshypothek entstehende Eigentümergrundschuld durch denjenigen Eigentümer, welcher die Hypothek bestellt hat, und nicht durch denjenigen, welcher es erst nach Bestellung der Höchstbetragshypothek geworden ist, erworben wird; Denn das alternative Bedingungsverhältnis in Bezug auf die Berechtigung aus der Höchstbetragshypothek kann notwendigerweise nur zwischen dem Besteller und dem Gläubiger der Hypothek bestehen. Dieses Ergebnis ist heute fast allgemein anerkannt. Es wird durch die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek hinreichend erklärt, da nach ihr der bestellende Eigentümer von Anfang an aus der Höchstbetragshypothek allein berechtigt ist.[2]) Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek vermag das Ergebnis konstruktiv nicht zu erklären.[2])

Nach heute herrschender Auffassung ist die Rechtsanwartschaft frei veräußerlich und vererblich.[3]) Daraus folgt grundsätzlich, daß an sich die Rechtsanwartschaft auf Erwerb der Gläubigerhypothek und der Eigentümergrundschuld abtretbar, verpfändbar und pfändbar ist. Die zukünftige Gläubigerhypothek oder Eigentümergrundschuld kann mithin vom Gläubiger bezw. Eigentümer schon vor ihrem endgültigen Bestande abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden. Freilich wird von diesen Rechtsakten nur die zukünftig festzustellende Gläubiger- oder Eigentümergrundschuld betroffen. Anderes ist auch nicht möglich, da keine

---

[1]) s. Kretzschmar und Eichler oben S. 62 Anm. 1.
[2]) Staudiger zu § 1190 Bem. 5a.
[3]) d. darüber Enneccerus Allg. Teil § 185 und dort Nachweisungen; ferner Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte, Halle 1912; RG Bd. 97, S. 226.

anderen Rechte bestehen und nur diese zur Entstehung kommen; und nicht wünschenswert, da das Eigentümerrecht bezw. Gläubigerrecht ja bis zum Zeitpunkte der Feststellung der durch die Höchstbetragshypothek zu sichernden Forderung in seinem möglichen oder zu erwartenden Bestande geschützt werden soll.[1]) Damit sind wir auch grundsätzlich weiter gekommen zur Erreichung des Zieles des modernen Hypothekenrechtes, alles, was an wirtschaftlichen Werten durch Berechtigung am Grundstück dargestellt ist, verkehrsfähig zu machen. Für die Höchstbetragshypothek hat das die eminente Bedeutung, daß auch das zukünftige Recht nicht nur des Gläubigers, sondern auch des Eigentümers gepfändet werden kann.

Die Veräußerlichkeit der in der Höchstbetragshypothek steckenden Gläubigerhypothek ist zwar allgemein anerkannt, um so heftiger sträubt man sich gegen die Verkehrsfähigkeit der in der Höchstbetragshypothek steckenden Eigentümergrundschuld. Gegen die Veräußerlichkeit der Eigentümergrundschuld wurde eingewandt, daß sie nur ein möglicherweise zur Entstehung kommendes Recht sei. Heute ist zwar die Übertragbarkeit der Eigentümergrundschuld auch fast allgemein anerkannt.[2]) Mit Abkehr der herrschenden Meinung von der anfänglichen Gläubigerhypothek zur anfänglichen Eigentümerhypothek gelangte man eben zu der Ansicht, daß Gegenstand der Verfügung eine bestehende Eigentümergrundschuld sei.[3]) Die Schwierigkeiten, die wegen des notwendigen Schutzes des künftigen Gläubigerrechtes entstanden, sind nun zwar zu bewältigen. Es ist zum Schutze des Gläubigerrechtes an anderen Rechtsvorschriften (§§ 161, 892 BGB.) hinreichender Anhalt gefunden.[4]) Jedoch meine ich, daß die hier vertretene Ansicht ein klareres Bild über den Gegenstand der Verfügung eben eine Rechtsanwartschaft ergibt. Die Verwendung dieses Begriffes zeigt klarer die Grenzen der Verfügung und bezeichnet den Verfügungsgegenstand selbst lebenswahrer. Es wird nun heute die Eintragung der Verfügungsvorgänge bei der Höchstbetragshypothek für die Eigentümerhypothek auf Grund von § 40 GBO. seitens der herrschenden Meinung und des Reichsgerichtes verweigert. Aber ich glaube, daß eine zu große Betonung der Notwendigkeit klarer Übersichtlichkeit des Grundbuches, wenigstens in unserem Falle, eher verkehrsschädlich als nützlich ist.[5])

---

[1]) Beck S. 46/48.
[2]) s. jedoch Güthe Bd. II S. 1751 und dortige Anführungen.
[3]) s. Staudinger zu § 1190, Bem. 7c.
[4]) s. Ahsbahs, Iher. Jahrb. Bd. 50, S. 397 ff.
[5]) Gegen Anwendung des § 40 GBO; Beck S. 110/112; Güthe § 40 Anm. 14; Ahsbahs S. 410 ff.

Um eine Pfändung der bedingten Eigentümergrundschuld praktisch wirksam zu machen, ist erforderlich, irgendwie in das durch die Höchstbetragshypothek geschützte Rechtsverhältnis einzugreifen. Wie dieses geschieht, durch Konkursantrag oder Verfügungsverbot an den Eigentümer, welches auf Grund einstweiliger Verfügung oder gemäß § 830 Abs. II ZPO.[1]) erfolgen kann, mag hier dahingestellt bleiben. Die Arbeit ist bestrebt, die sachenrechtliche Seite der Höchstbetragshypothek zu klären. Sachenrechtlich hängt die Hypothek ab von dem Nichtentstehen von Forderungen. Sie haftet für die festgestellte Forderung, und wird nur in dem die Forderung überschießenden Betrage Eigentümergrundschuld. Zu einer Pfändung der Anwartschaft auf die Eigentümergrundschuld muß also zur Sicherung eines praktischen Effektes der Abschluß des durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnisses hinzutreten.

Große Bedeutung hat die Frage des Inhaltes der Höchstbetragshypothek für den Konkurs.[2]) Es handelt sich zunächst darum, ob eine etwa entstehende Eigentümerhypothek zur Konkursmasse des Eigentümers gehört, wenn die Feststellung der Forderung erst nach Konkurseröffnung erfolgt. Vom Standpunkte der ursprünglichen Eigentümerhypothek ist klar, daß die Eigentümerhypothek in die Konkursmasse fällt; denn sie stand dem Eigentümer schon vor Eröffnung des Konkurses zu. Vom Standpunkt der Gläubigerhypothek ist dieses, doch absolut notwendige Ergebnis mehr als bedenklich. Gemäß dieser Theorie entsteht die Eigentümerhypothek erst mit der Nichtfeststellung der Forderung. Erfolgt die Feststellung erst während des Konkurses, so entsteht die Eigentümerhypothek auch erst während des Konkurses. Der Gemeinschuldner würde sie also erst jetzt erwerben. Da gemäß § 1 KO nur das Vermögen zur Konkursmasse gehört, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gehört, würde die Eigentümerhypothek konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners sein.[3])

Es ist weiter zweifelhaft, in welcher Höhe die Eigentümerhypothek zur Konkursmasse gehört und ob durch nach der Eröffnung des Konkurses entstehende Forderungen noch Rechte für den Gläubiger entstehen können.[4]) Nach der hier vertretenen Auffassung gehört in die Konkurs-

---

[1]) siehe darüber RG Bd. 96, S. 223.

[2]) siehe hierüber bes. Fuld die Eigentümerhypothek im Konkurs; Sternberg in Iher. Jahrb. Bd. 62, S. 483 ff. § 8; Jäger Konk. Ordn. zu § 15 Anm. 23.

[3]) s. Ahsbachs in Iher. Jahrb. 50 S. 387 ff.

[4]) siehe darüber Jaeger KO zu § 15 Anm. 23 und § 47 Ahm. 7; Kretzschmar Z. f. fr. Ger. 15 S. 47 ff. Sternberg wie Anm. 1 auf S. 91.

masse die Eigentümerhypothek, welche sich nach Feststellung der Gläubigerforderung, ganz gleich, wann die Feststellung erfolgt, ergibt. Wie hoch die festgestellte Forderung ist, ergibt sich nach Konkursgrundsätzen. Nach Konkursgrundsätzen kann nach Eröffnung des Konkurses das Guthaben des Gläubigers zwar nicht mehr durch Handlungen des Gemeinschuldners erhöht werden, aber wohl durch Handlungen des Konkursverwalters und durch sonst nach Eröffnung des Konkurses entstehende Ansprüche des Gläubigers, sei es, daß diese kraft Gesetzes, sei es, daß sie entstehen auf Grund von vor Eröffnung des Konkurses durch den Gemeinschuldner bedingt oder befristet abgeschlossenen Geschäften oder sonstigen Rechtshandlungen. Nach der hier vertretenen Ansicht wird also die Hypothek unmittelbar garnicht durch den Konkurs betroffen, sondern nur durch das Mittel gewisser Behinderung der Forderungsentstehung. Die Hypothek besteht ja schon für den Gläubiger aufschiebend bedingt mit rückwirkender Kraft. Daß sie während des Konkurses entsteht als Recht an zur Konkursmasse gehöriger Sache, ist gleichgültig, da sie ja nie als nach Konkurseröffnung entstanden gilt, sondern als schon seit Eintragung der Höchstbetragshypothek bestehend. Nach den abgelehnten Ansichten muß die Eröffnung des Konkurses immer die Hypothek, entweder den Erwerb des Eigentümers oder den Erwerb des Gläubigers unmittelbar betreffen.[1]) Ich finde, daß solches dem Sinne der Hypothek als Sicherungsmittel widerspricht. Die Hypothek soll den Gläubiger immun machen gegen den Vermögensverfall seines Schuldners. Gerade das Mittel dieser Immunität sollte dann aber nicht durch den Konkurs betroffen werden dürfen. Die Höchstbetragshypothek soll Sicherheit gewähren für alle Ansprüche, die als Konkursansprüche erworben werden können und in den durch die Höchstbetragshypothek geschützten Forderungskreis fallen. Wann diese Forderungen endgültig zur Entstehung gelangt sind, muß gleichgültig sein. Dieses Ergebnis bietet einen praktischen und gerechten Schutz gegen einen Vermögensverfall des Schuldners. Das ist aber wirtschaftlich das Ziel, rechtlich der Sinn und die Bedeutung der Hypothek.

Nach der entgegengesetzten Seite, nämlich Wahrung der Rechte der Konkursgläubiger, ist das Ergebnis sehr unbillig, wenn man der Theorie von der vorläufigen Gläubigerhypothek folgt. Da nach dieser Theorie bis zum endgültigen Abschluß des Rechtsverhältnisses dem Gläubiger die ganze Hypothek zusteht, ist jeder Forderungserwerb des Gläubigers gedeckt, auch der, welcher keine Wirkung gegen die

---

[1]) Siehe Jaeger, Konk. Ordn. zu § 15 Anm. 23, § 47 Anm. 7.

Konkursmasse hat. Der Gläubiger erwirbt ja nach Eröffnung des Konkurses kein Recht an der Sache neu, da er die Hypothek schon vor Konkurseröffnung in vollem Umfange hatte. Daß die Forderung etwa nach Konkurseröffnung entstanden ist, ist gleichgültig, da abgesonderte Befriedigung erfolgt.

Die Zwangsversteigerung des Grundstücks hat an sich auf die Höchstbetragshypothek keinen Einfluß, da die Höchstbetragshypothek eine unbedingte Grundstücksbelastung ist. Strittig ist, ob die Erlösverteilung spätestens der Moment der Forderungsfeststellung sein muß.[1]) Nach den abgelehnten Theorien kann dieses zweifelhaft sein. Einem hypothekarischen Rechte des Gläubigers oder Eigentümers würde die Erlöszuteilung an einen von diesen entsprechen. Der je nach der vertretenen Theorie Berechtigte hätte, weil er das hypothekarische Recht hat, auch das Recht, sich den Erlös wegzunehmen. Im allgemeinen wird ja die Forderungsfeststellung im Lauf der Zwangsversteigerung erfolgt sein. Die Fälle der oben schon behandelten sogenannten Frühreife des hypothekarischen Rechtes (§ 1133 BGB — Zwangsversteigerung auf Antrag eines anderen Gläubigers) lassen dieses jedoch häufig nicht zu. Die Folgerung, daß der Erlös dem Eigentümer oder Gläubiger je nach Theorie, die man vertritt, zuzuteilen ist, wird natürlich nicht gezogen. Eine solche Verwertung wäre auch zu zweckwidrig. Die dann gewählte Gestaltung, alternativ bedingte Zuteilung einer Forderung gegen die Hinterlegungsstelle (§§ 119, 120 ZVG), entspricht wie oben schon dargetan wurde, nicht den abgelehnten Theorien über die Höchstbetragshypothek, ist aber eine klare Folgerung der hier vertretenen Ansicht.

Zum Schlusse glaube ich als nicht unwichtigstes Ergebnis der hier vertretenen Theorie ihre Übereinstimmung mit den Anschauungen des täglichen Lebens anführen zu können. Ich möchte zum Beweise dafür auf die allgemeinere Form der Hypothek für eine bedingte Forderung, deren Unterart die Höchstbetragshypothek ist, verweisen. Es ist unverständlich und unwahr, eine solche Hypothek schon vor Eintritt der Bedingung dem Eigentümer oder dem Gläubiger zuzusprechen. Nach unbefangenem Urteile steht sie noch keinem zu. Wem sie zusteht, entscheidet sich erst später mit Eintritt der Bedingung. Das ist sowohl richtig als auch verständlich und wird m. E. durch die in dieser Arbeit vertretene Ansicht auf eine entsprechende juristische Formel gebracht.

---

[1]) so Planck § 1190 Bem. 6; abweich. Jaeckel-Güthe zu § 114 Anm. 6; Eichler S. 89 ff.

Lebenslauf.

Der Verfasser ist am 18. Februar 1901 als Sohn der Eheleute Kaufmann Bernard Lühn und Theresia geb. Pöpsel zu Münster i. W. geboren. Er besuchte dortselbst die Volksschule und absolvierte seine Gymnasialzeit am „Pauliniſchen Gymnasium in Münster", „Collegium Albertinum in Venlo" und „Städtischem Gymnasium in Münster", das er mit dem Zeugnis der Reife zu Ostern 1920 verließ. Er studierte alsdann Rechtswissenschaften in München (2 Semester), Rostock (2 Semester), Berlin (1 Semester) und Münster (2 Semester). 1923 bestand er das Referendarexamen am OLG. in Hamm und 1927 das Assessorexamen in Berlin.